COLLECTION DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

JEAN-FRANÇOIS ROMAIN, MICHÈLE GRÉGOIRE
VALÉRIE SIMONART, ANDRÉE PUTTEMANS
ALAIN-CHARLES VAN GYSEL, NATHALIE MASSAGER
ANNE MEINERTZHAGEN-LIMPENS ET MARC EKELMANS

L'ORDRE PUBLIC CONCEPT ET APPLICATIONS

Les Conférences du Centre de droit privé
et de droit économique

Président : Michel HANOTIAU
DIRECTRICE : NADINE WATTÉ

Volume III

BRUYLANT
BRUXELLES

1 9 9 5

VBS 6001156

ISBN 2-8027-0989-3

D / 1995 / 0023 / 19

© 1995 Etablissements Emile Bruylant, S.A.
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou de traduction, réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

L'ORDRE PUBLIC (NOTION GÉNÉRALE) ET LES DROITS DE L'HOMME (*)

PAR

Jean-François ROMAIN

ASSISTANT À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'U.L.B.,
CHERCHEUR AU CENTRE DE DROIT PRIVÉ
ET DE DROIT ÉCONOMIQUE,
AVOCAT

(*) La présente étude est le résultat d'une conférence faite dans le cadre du Centre de Droit privé et économique de l'Université libre de Bruxelles, en novembre 1992.

SOMMAIRE

I. — INTRODUCTION

II. — L'ORDRE PUBLIC : NOTION GÉNÉRALE

A. *Considérations générales*

— Ordre public : notions d'« ordre » et de « publicité »
— Ordre public et éthique
— Fondements, source et finalités de l'ordre public : première approche superficielle

B. *L'ordre public : notion générale : développements*

— L'ordre public et le Code civil
— L'ordre public : notion générale d'ordre public interne et différence avec les lois impératives dans la jurisprudence de la Cour de cassation
— L'ordre public interne et les bonnes mœurs
— L'ordre public interne et les principes généraux de droit
— L'ordre public interne et l'ordre public international belge
— L'ordre public : autres notions
— L'ordre public : notion générale : appréciation critique
— L'ordre public : notion générale : appréciation critique (suite) : ordre public et Etat de droit, droit objectif et droits subjectifs ; ordre public technique ou essentiel et ordre public fondamental

C. *L'ordre public : régime : brève synthèse*

— Principes de base : fonctions
— L'ordre public interne : fonction d'exclusion des actes juridiques contraires ; difficultés d'application : l'exemple de la lésion qualifiée

III. — L'ORDRE PUBLIC ET LES DROITS DE L'HOMME

— L'internationalisation de l'ordre public

A. *L'ordre public dans le droit de l'arbitrage international et à travers des décisions de justice portant sur des litiges internationaux*

— L'ordre public international ou transnational : brèves considérations critiques

B. *L'ordre public dans le droit des gens*

— Ordre public et droit des gens : *ius cogens*

C. *L'ordre public et les droits de l'homme*

— La Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme : introduction
— Economie générale du système
— La Convention européenne des droits de l'homme (suite) : la notion d'ordre public et la notion d'Etat démocratique : synthèse

IV. — Conclusion générale
— Proposition de définition.

I. — Introduction

1. — « Chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller Pilon, dans un célèbre rapport, c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le Marquis de Vareilles-Sommières ; c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte, disait le juge Burrough dans un aphorisme que les juristes anglais se plaisent à citer, c'est parler d'un paragraphe caoutchouc, dans l'imagination allemande ; c'est cheminer dans un sentier bordé d'épines, selon le mot d'Alglave.

» Toutes ces comparaisons révèlent combien une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire. Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert. (...) » (1).

C'est en ces termes que Malaurie débutait sa thèse au sujet de « L'ordre public et le contrat », en droit français, dans les années 1950.

Mr. le Procureur général Ganshof van der Meersch, dans l'étude au *J.T.*, 1968, qu'il consacrait à « L'ordre public et les droits de l'homme » (2), paraphrasait de même Malaurie, en constatant la « perplexité » naissante face à la notion d'ordre public, perplexité qui gagne non seulement le juriste continental, mais également celui féru de Common law, et concluait ainsi son introduction :

> « Nous voici avertis. Nous nous engageons donc sur le terrain qui nous est proposé avec une ambition limitée. Non point celle d'élaborer ici une théorie de l'ordre public, qui a fait l'objet de plusieurs remarquables travaux en droit international et en droit comparé, mais d'apporter à l'étude de la notion de l'ordre public une modeste contribution, en le confrontant comme il nous est demandé, avec les règles de protection internationale des droits de l'homme et, plus particulièrement, avec celles de la Convention européenne de sauvegarde, ce qui renouvelle sans doute dans une cer-

(1) Cfr. P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1954, spéc. p. 3, n° 1.
(2) Cfr. spéc *J.T.*, 1968, pp. 658 et s.

taine mesure l'intérêt de la notion de l'ordre public en lui ouvrant un champ nouveau » (3).

Il ne s'agit pas non plus aujourd'hui d'élaborer, dans cette étude, une théorie nouvelle de l'ordre public, car cette notion devrait certainement faire l'objet de plus d'une thèse de doctorat.

Simplement, l'on s'emploiera, comme l'a fait de manière magistrale Mr. le Procureur Général Ganshof van der Meersch dans l'étude précitée, à établir un lien entre la notion générale de l'ordre public, en en tentant une définition éclairée par la comparaison avec d'autres notions proches, et le champ si essentiel des droits de l'homme, tel que ce dernier est notamment régi par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. — L'étude se structurera dès lors en deux parties :

— la première partie sera l'occasion d'examiner la notion générale de l'ordre public, en tant que telle et à travers la mise en parallèle de cette notion avec des notions voisines ;

— dans la seconde, sera développée, après qu'ait été constaté un phénomène d'internationalisation de l'ordre public, une confrontation de cette notion avec le champ juridique en constant développement des droits de l'homme.

Certains aspects du régime général de l'ordre public seront ici et là signalés, d'une manière non systématique, l'étude ayant pour objectif principal d'élucider, dans la mesure du possible, la notion elle-même mais non l'entièreté de son régime.

II. — L'ORDRE PUBLIC : NOTION GÉNÉRALE

A. — *Considérations générales*

3. — *Ordre public : notions d'« ordre » et de « publicité »*

A travers la notion d'ordre public, se combinent deux concepts : le concept d'ordre et le concept de publicité.

(3) *Ibid.*, spéc. p. 658, 1re col., *in fine* et réf. (5).

3.1. « L'ordre, c'est la disposition régulière des choses les unes par rapport aux autres, l'équilibre des rapports, l'ensemble des valeurs juridiques que l'Etat viendra ensuite expliciter et garantir dans son droit positif » (4).

L'ordre se comprend ici en tant qu'il est appliqué à la société, à une communauté d'individus, liés entre eux par des valeurs qu'ils entendent respecter et faire respecter. En cela, l'ordre est l'expression d'un désir de stabilité fondamentale sur la base de ces valeurs.

L'ordre s'oppose au désordre qui peut être de deux types.

Il y a d'abord le désordre destructeur, à savoir cette disposition irrégulière des choses en société qui tend à la remise en question des valeurs sur lesquelles la société repose, sans que cette remise en question ne soit l'expression d'une volonté d'amélioration de la société, mais résulte plutôt du jeu des rapports de force et d'une recherche exclusive de satisfaction d'intérêts particuliers.

L'ordre public lutte contre ce désordre négatif.

Il y a ensuite le désordre positif, à savoir le désordre qui naît de l'évolution même de la vie sociale, et de la nécessité de prendre en compte les situations nouvelles et inédites, auxquelles les valeurs sociales, souvent reprécisées, doivent être appliquées.

L'ordre public, en tant qu'il est ordre, comprend en lui cette tension entre stabilité et instabilité ; il exprime à la fois, comme on le reverra dans la suite de cette étude, la référence à des principes fondamentaux qui ne sont pas que relatifs, et la prise en compte d'un mouvement dynamique et évolutif auquel il est sans cesse tenu de s'adapter.

3.2. Le concept de publicité est également important.

Appliqué à l'ordre, il signifie que l'ordre public est celui de la société. « Cet ordre n'est pas l'ordre interne, l'ordre privé, celui des consciences ; il reste extérieur à un ordre public » (5).

L'ordre public est aussi par essence juridique. Il intègre un ensemble de règles fondamentales, assorties de sanctions, qui

(4) Cfr. définitions rapportées par MALAURIE, *op.* et *loc. cit.*, n° 3, p. 6 ; et appendice de l'ouvrage de cet auteur, spéc. pp. 261 à 263.

(5) Cfr. MALAURIE, *op.* et *loc. cit.*, n° 4, p. 7.

gouvernent, en principe sans dérogation possible, la vie dans une société donnée.

4. — *Ordre public et éthique*

4.1. L'ordre public n'est pas purement et simplement assimilable à l'éthique ou la morale (6).

Il en est d'ailleurs ainsi du droit en général.

Comme l'écrivait de manière lumineuse Mr. De Bersagues, en ce qui concerne les relations existant entre le droit et la morale, dans une importante étude consacrée à la notion de « bonnes mœurs » :

> « (...) ces deux disciplines ont des buts différents. Alors que le droit vise au bien commun temporel par l'organisation et le maintien d'un certain ordre social, la morale a pour objet la perfection de l'individu. Les exigences du droit seront donc moins rigoureuses que celles de la morale. La vie en société ne requiert pas la perfection chez ses membres et pareille perfection ne peut d'ailleurs s'imposer par la contrainte. 'La vertu cesse d'être libre'. Les travaux préparatoires du Code civil accusent cette différence. 'Les lois, dit Portalis, s'occupent plus du bien politique de la société que de la perfection morale de l'homme'. Et il ajoute : 'La vertu est l'objet de la morale, la loi a plus pour objet la paix que la vertu (...)' » (7).

L'ordre public, essence de l'ordre juridique, repose bien, ainsi que nous le vérifierons par la suite, sur des valeurs exprimées notamment à travers les principes généraux de droit, valeurs constitutives d'un ordre éthique, auquel il convient de se référer pour comprendre et apprécier pleinement la notion d'ordre public.

Cet ordre éthique ne doit en outre pas être entendu au sens strict du terme. Il est clair que dès lors qu'il s'applique aux relations entre individus en société, il détermine par voie de conséquence l'ordre politique, lui-même destiné à promouvoir le développement harmonieux de la société dans le respect de l'ordre éthique.

(6) Les termes « éthique » ou « morale » pouvant être considérés comme synonymes, dans leur sens courant.

(7) A. De Bersaques, « La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant », *R.C.J.B.*, 1958, pp. 180 et s., spéc. p. 186, n° 6, et réf. 14 à 19.

5. — *Fondement, sources et finalités de l'ordre public : première approche superficielle*

Il est prématuré, au stade actuel du raisonnement, de définir les fondements, les sources et les finalités de l'ordre public.

Quelques éléments de réflexion peuvent cependant être dégagés, dans le cadre d'une première approche superficielle.

Comme on vient de le voir, les *fondements* de l'ordre public entretiennent, dans une mesure importante, une relation étroite avec l'ordre éthique, compris au sens large du terme. Les contours de ce dernier et la nature de la relation existante avec l'ordre public, pour l'instant encore indéterminés, gagneront sans doute à être reprécisés à la lumière de la matière des droits de l'homme.

Il se déduit de cet enracinement de l'ordre public dans l'ordre éthique, qu'il n'est pas souhaitable d'adopter une conception trop restrictive des *sources* de l'ordre public.

La source la plus certaine et la plus efficace de l'ordre public est certes la loi (8). L'ordre public s'exprime également, d'une manière plus fondamentale encore, à travers un certain nombre de principes généraux de droit, écrits ou non écrits, mais reconnus comme tels par le législateur, la jurisprudence et la doctrine (9).

Enfin, puisque l'ordre public est lié à l'ordre éthique, les *finalités* de l'un sont aussi, jusqu'à un certain point, les finalités de l'autre.

L'ordre éthique tend à concilier et réconcilier, dans le respect de valeurs communes, l'intérêt de chacun avec l'intérêt d'autrui, jusqu'à promouvoir le bien commun. La recherche d'un équilibre des *libertés* et des droits devrait donc idéalement permettre — ou se doubler de — la recherche de l'intérêt commun.

Cette même tension existe, parmi les finalités de l'ordre public, entre le respect de la liberté individuelle et la recherche de l'*intérêt commun* incarné dans l'Etat.

Malaurie relevait déjà à ce sujet :

(8) Voy. *infra*, n° 7, définition de l'ordre public suivant la Cour de cassation belge.
(9) Au sujet des principes généraux de droit, voy. *infra*, n° 9.

« La raison d'être de l'ordre public est-elle de protéger la liberté individuelle ou les besoins de l'Etat ? La première conception était celle qui dominait au XIX[e] siécle, où l'on considérait que les restrictions à la liberté sont seulement justifiées dans la mesure où elles sont nécessaires au maintien de la liberté ». Ainsi Ardnts écrivait en 1850 : « C'est pour protéger la liberté que la loi limite 'la volonté arbitraire' » « et cinquante ans plus tard, Carter déclarait : 'La liberté est l'objet suprême du droit. Toute diminution de celle-ci demande une excuse et la seule bonne excuse, c'est la nécessité de préserver la liberté' ». A peu près à la même époque, Huc enseignait : « La liberté impliquant le respect de la liberté d'autrui, implique, par conséquent, l'ordre public ». La devise de 1830 : liberté, ordre public, présentait donc l'expression des deux faces de la même idée. Et c'est ce qu'exprimait de la façon la plus absolue un juge victorien : « La liberté contractuelle doit être tenue pour sacrée et les tribunaux doivent la faire régner ».

Que reste-t-il aujourd'hui de cet axiome ? Faut-il croire qu'il a disparu en même temps que l'on abandonnait la doctrine du laisser-faire en matière économique. Et la formule moderne est-elle l'affirmation de Demogue : « L'ordre public est une idée repoussant la liberté (...) » (10).

Cette dernière formule, préconisée par Demogue, n'est-elle pas excessive ?

Il semble en tout cas que la naissance et le développement des droits de l'homme, à partir de la seconde guerre mondiale, indiquent, si ce n'est le retour à des préoccupations libertaires (11), en résistance aux excès totalitaires, du moins la recherche d'une convergence du respect des libertés indivi-

(10) Cfr. MALAURIE, *op.* et *loc. cit.*, n° 14 et réf. 1 à 7.

Quelle frappante évolution peut-on constater en un siècle, de la conception humaniste et individualiste du droit jusqu'à l'approche positiviste et « réaliste » des systèmes juridiques. Ainsi, dans la mouvance positiviste, sans doute dépassée aujourd'hui au nom du retour à un certain humanisme, Duguit écrivait en 1912 : « (...) (la) conception purement individualiste du droit était aussi artificielle que la conception métaphysique du droit subjectif. Comme celle-ci elle était un produit historique ; elle a eu sa valeur de fait à un moment donné ; mais elle ne pouvait subsister. D'abord elle était intimement liée à la notion de droit subjectif et si, comme je crois l'avoir démontré, celle-ci est une notion d'ordre métaphysique qui ne peut pas être maintenue dans nos sociétés modernes, toutes pénétrées de réalisme et de positivisme, la conception individuelle doit, elle aussi, disparaître. (...) Mais en même temps s'élabore sur d'autres bases un nouveau système (...). Il repose sur une conception exclusivement réaliste, qui élimine successivement la conception métaphysique de droit subjectif : c'est la notion de fonction sociale. L'homme n'a pas de droits ; la collectivité n'en a pas davantage. Mais tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle de droit qui s'impose à tous, grands et petits, gouvernants et gouvernés. (...) ». (cfr. *Les transformations générales du droit privé depuis Napoléon*, éd. Alcan, 1912, spéc. pp. 17 et 19).

(11) Sans l'excès attaché aux doctrines libertaires au sens strict.

duelles et du respect de l'intérêt commun dans le cadre d'un Etat qui peut être qualifié de démocratique (12).

Après ces quelques considérations liminaires, nous sommes en mesure de préciser davantage encore la notion générale de l'ordre public.

B. — *L'ordre public : notion générale — développements*

6. — *L'ordre public et le Code civil*

Les dispositions clés du Code civil gouvernant le droit des obligations et des contrats, où se trouve exprimé de manière fondamentale le nécessaire respect de l'ordre public, sont bien connues : en vertu des articles 1131 et 1133 du Code civil : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

Le Code civil contient par ailleurs d'autres références directes ou indirectes à l'ordre public et à la licéité des actes juridiques, telles qu'aux articles 686 (validité des servitudes), 900 et 1172 (validité des conditions au sein des actes onéreux ou gratuits), 1833 (validité du contrat de société) et 2046 (validité du contrat de transaction) (13).

On cherchera cependant en vain dans le Code civil une quelconque définition, exhaustive ou non, de la notion d'ordre public (14).

La Cour de cassation, en s'inspirant de certaines analyses doctrinales, s'est dès lors employée à combler cette lacune.

7. — *L'ordre public : notion générale d'ordre public interne et différence avec les lois impératives dans la jurisprudence de la Cour de cassation*

(12) Au sujet de cette convergence, remarquable dans la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme, voy. 2e partie de cette étude.

(13) Au sujet de cette énumération, voy. aussi MALAURIE, *op.* et *loc. cit.*, n° 5, p. 7.

(14) Ainsi d'ailleurs que de la notion de « bonnes mœurs » ; cfr. *infra*, n° 8. Au sujet des notions d'ordre public et de bonnes mœurs en droit français, voy. not., outre MALAURIE, GHESTIN, *Traité de Droit civil*, 2e éd., t. 2, spéc. nos 93 et s.

7.1. Reprenant l'enseignement de De Page et adoptant in expressis verbis la définition de cet auteur (15), la Cour de cassation a défini *la loi d'ordre public*, dès un arrêt de principe du 9 décembre 1948 (16), de la manière suivante :

> « ... n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société ».

Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises la suite, notamment par des arrêts du 5 mai 1949 (17), du 22 décembre 1949 (18), du 14 janvier 1954 (19), du 15 mars 1968 (20), du 28 septembre 1979 (21) et du 10 novembre 1978 (22) (23)

7.2. Trois commentaires s'imposent déjà au sujet de la définition des lois d'ordre public par la Cour de cassation.

D'abord, cette définition porte sur les *lois d'ordre public interne*, intéressant le droit privé propre à l'Etat belge, dans le cadre de relations juridiques qui ne présentent pas d'élément d'extranéité. Les lois d'ordre public interne doivent ainsi être distinguées des lois d'ordre public international, au sujet desquelles la Cour de cassation a précisé quelque peu sa jurisprudence (24).

Ensuite cette définition implique que soit opérée une distinction de principe entre les lois d'ordre public, définies

(15) Cfr. Traité, t. 1er, 3e éd., n° 91. On relèvera que pour De Page cette définition pragmatique des lois d'ordre public est à mettre en relation avec une certaine conception de l'utilité sociale des actes juridiques : tout acte juridique doit avoir une utilité ; à défaut d'avoir une utilité subjective pour les parties en présence, il encourerait le risque de la nullité relative ; à défaut d'avoir une utilité sociale objective, en raison notamment d'une contrariété à la loi d'ordre public ou aux bonnes mœurs, il encourerait le risque de la nullité absolue (cfr. *Traité, op.* et *loc. cit.*, t. Ier, nos 83 et s.). Cette théorie d'essence positiviste est séduisante mais peut paraître excessive dans certaines de ses conséquences ; à ce sujet, cfr. *infra*, n° 12.

(16) *Pas.*, 1948, I, p. 699 ; au sujet de cet arrêt, voy. aussi *R.C.J.B.*, 1954, p. 251 et note de Harven.

(17) *Pas.*, 1949, I, p. 335.

(18) *Pas.*, 1950, I, p. 266.

(19) *Pas.*, 1954, I, p. 502.

(20) *Pas.*, 1968, I, p. 885.

(21) *Pas.*, 1980, I, p. 131.

(22) *Pas.*, 1979, I, p. 309.

(23) Au sujet de l'ensemble de cette jurisprudence, voy. notamment les examens de jurisprudence, en droit des obligations de P. Van Ommeslaghe, *R.C.J.B.*, 1975, spéc. pp. 463 et s., n° 26 et 1986, spéc. pp. 95 et s., n° 37.

(24) Cfr. *infra*, n° 10.

comme telles (25), et les lois dites impératives, c'est-à-dire celles qui ne touchent pas aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui ne fixent pas dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.

En d'autres termes, alors que les premières lois concernent au plus haut point l'intérêt général, les secondes n'ont pour objet, en principe, que de protéger des intérêts particuliers.

Il s'en déduit logiquement l'application de règles différentes : la violation des règles d'ordre public étant notamment, comme on le sait, sanctionnée par la nullité absolue, tandis que la violation des règles impératives l'est par la nullité relative (26).

Enfin, on ne manquera pas d'être frappé par la prudence et le pragmatisme de la Cour de cassation.

Notre Cour suprême n'a pas défini la notion générale d'ordre public. Sans doute méfiante à l'égard d'une approche trop abstraite et substantielle du concept, la Cour, fidèle à l'enseignement de De Page, a préféré développer un mécanisme de référence concrète et fonctionnelle aux lois elles-même qui auraient un caractère d'ordre public.

Cette approche n'est cependant pas sans générer une réelle ambiguïté, que l'on retrouvera à l'origine d'un certain malaise lorsqu'il s'agira pour la Cour de définir la notion d'ordre public international.

Cet aspect de la notion générale de l'ordre public en droit belge sera encore approfondi *infra*, car il est d'importance.

8. — *L'ordre public interne et les bonnes mœurs*

8.1. La notion de « bonnes mœurs », intimement liée à l'ordre public, n'est définie ni par le Code civil, ni par la Cour de cassation.

(25) On relèvera l'existence d'une légère évolution dans la terminologie de la Cour de cassation. Dans un premier temps (cfr. Cass., 9 décembre 1948, précité, *Pas.*, 1948, I, p. 699), les lois impératives étaient regroupées au sein des lois d'ordre public au sens large avec les lois d'ordre public au sens strict. La Cour de cassation a par la suite (cfr. Cass., 5 mai 1949, précité, *Pas.*, 1949, I, p. 335) abandonné l'opposition entre sens large et sens strict des lois d'ordre public pour ne plus retenir que la différence entre lois impératives et lois d'ordre public purement et simplement.

(26) A ce sujet, cfr. *infra*.

L'on en trouve une définition intéressante dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 22 novembre 1979 (27).

Pour la Cour d'appel de Liège : « ... la notion de 'bonnes mœurs' correspond à une morale coutumière, faite d'habitudes et de traditions d'un peuple... en évolution constante avec l'état d'esprit d'une civilisation ». La Cour croit utile de préciser que « le relachement des mœurs, pas plus que l'amoindrissement de la loyauté ou l'aggravation de la criminalité ne suffisent à légitimer » des comportements que cette morale continue à réprouver (28).

En réalité, la Cour d'appel de Liège ne faisait rien d'autre qu'à nouveau reprendre, en la synthétisant, l'approche qui avait été celle de De Page.

Selon ce dernier.

> « ... La loi n'ayant ni défini ni précisé ce qui est contraire aux bonnes mœurs il en résulte que l'appréciation du juge est souveraine. La notion des bonnes mœurs est essentiellement réaliste et de bon sens. Certains auteurs assimilent les bonnes mœurs à la morale. C'est aller fort loin car toutes les morales ne sont point toujours d'accord, et la consécration de certaines morales confessionnelles serait contraire à la liberté d'opinion. Mais il y a moyen d'asseoir la notion des bonnes mœurs sur un terrain beaucoup plus solide. Toute civilisation comporte un ensemble de règles d'ordre moral, faites d'habitudes et de traditions formant corps avec la mentalité d'un peuple et suffisamment générales pour être indépendantes de toute confession déterminée. Il existe une morale coutumière sur laquelle tous les honnêtes gens s'entendent parfaitement. C'est la notion légale des bonnes mœurs. Elle a un sens très clair, et les tribunaux l'ont parfaitement compris. C'est elle qui consacre les grands principes de loyauté, de correction, de désintéressement et de dignité humaine qu'on rencontre chez tous les peuples civilisés » (29).

De Bersaques, de son côté, a insisté, pour apprécier la notion de bonnes mœurs, sur la nécessaire prise en compte des principes éthiques inhérents à la conscience collective, à ce point importants qu'ils ont été exprimés et revêtus de sanction par le droit.

(27) *J.L.*, 1980, p. 1.

(28) Au sujet de cet arrêt, voy. P. VAN OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence, *op.* et *loc. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, p. 101, n° 39.

(29) Voy. *Traité*, t. I^er^, n° 92, pp. 121 et 122.

Il est difficile de résister à la tentation de citer certains passages, que cet auteur consacrait à la notion de bonnes mœurs, dans son étude sus-visée à la *R.C.J.B.*, 1958 :

> « ... Comment le juge discernera-t-il les impératifs de la conscience publique lorsque (l)e critère de la loi pénale lui fera défaut ? » Nous avons vu qu'il ne pouvait se fier aveuglément aux normes d'une morale, trop exigeante et trop absolue pour apprécier, au point de vue juridique, la conduite des hommes vivant en société.
>
> Parmi ces normes il devra notamment écarter celles qui imposent le devoir de charité. Le droit est fait pour régir des hommes et non des anges. Or on ne peut raisonnablement ni équitablement exiger de chacun qu'il mette gratuitement sa personne et ses biens au service de son prochain. Pareil commandement ne serait d'ailleurs pas susceptible de la précision requise de toute norme juridique, puisqu'on ne pourrait déterminer ni les créanciers ni l'étendue de cette dette d'altruisme. Comment, dès lors, justifier la sanction, critère de toute norme juridique, qui frapperait celui qui n'a pas rempli une obligation, dont il ne connait ni le bénéficiaire ni le montant ?
>
> Par contre les commandements de la justice trouvent un accueil plus empressé dans la conscience collective. C'est que le besoin de justice est plus urgent que le besoin de charité. « Il faut être juste avant d'être généreux, dit Camus, comme on a des chemises avant d'avoir des dentelles. »
>
> Sans doute cette notion de justice est-elle fort confuse. Il semble pourtant que Roubier en ait dégagé un des aspects les moins contestables lorsqu'il relève que « si l'idéal de justice n'existait pas l'ordre social serait simplement fondé sur la force ce qui signifie que les intérêts les plus forts seraient seuls respectés. Au contraire l'idée de justice est l'idée d'un ordre supérieur qui doit régner dans le monde et qui assurera le triomphe des intérêts les plus respectables (...). Le juge doit donc la tenir pour intégrée dans les bonnes mœurs » (30).

8.2. Est ainsi exprimé de manière convaincante le lien indissociable qui existe entre l'ordre public et les bonnes mœurs.

Ne convient-il pas même de considérer, quant à la définition de ces concepts, que les bonnes mœurs s'intègrent à l'ordre public et en sont l'une des bases fondamentales, en tant qu'elles expriment également les éléments essentiels d'un ordre éthique sous-jacent.

(30) Voy. *R.C.J.B.*, 1958, spéc. pp. 187 et 188.

Les bonnes mœurs constituent donc une partie de l'ordre public (31). Malaurie, en se référant aux travaux préparatoires du Code civil français, apporta la démonstration de cette coappartenance historique des deux notions (32). Ainsi est-il opportun de rappeler que la Sous-Commission de réforme du Code civil estima inutile de viser expressément les bonnes mœurs, puisque celles-ci s'intégraient à la notion d'ordre public :

> « Et si la Commission plénière tint à mettre à côté de l'ordre public les bonnes mœurs, son Président indique que la notion de bonnes mœurs rentre d'une façon générale dans l'ordre public, et la rédaction qu'elle propose de l'article 34 ne peut laisser aucun doute à cet égard. De même dans la rédaction du Code Napoléon, l'addition qui avait été faite au projet primitif n'est pas un pléonasme ; elle a pour but de lui donner 'un supplément de clarté', selon le mot du tribun Faure et de montrer aux tribunaux qu'ils ne doivent pas concevoir l'ordre public comme une notion d'opportunité politique et sociale, mais qu'il est aussi constitué par un certain nombre de principes moraux » (33) (34).

Mais l'appartenance de la notion de bonnes mœurs à celle de l'ordre public (35), lorsque l'on analyse les concepts de base, n'implique pas qu'il faille nier tout rôle spécifique à l'institution des bonnes mœurs en droit civil.

Comme on le verra par la suite, les bonnes mœurs constituent parfois pour le juge international notamment, un instrument autonome et efficace de contrôle de la validité d'un acte juridique qui leur serait contraire (36).

8.3. Mais quel est en définitive le contenu spécifique des bonnes mœurs, dans l'hypothèse — qui semble s'imposer — où il faut considérer que celles-ci s'intègrent à l'ordre public ?

(31) Dans le droit de l'arbitrage international, Mr. LALIVE a de même constaté que les bonnes mœurs constituaient une composante centrale de l'ordre public transnational ; cfr. « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. de l'Arb.*, 1986, n° 3, spéc. p. 341, n° 31 ; à ce sujet voy. aussi *infra*, n° 17.

(32) MALAURIE, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 31, p. 30 et réf. 1 à 4.

(33) *Ibid.*

(34) Le texte de l'article 34 soumis à la Commission plénière prévoyait : « L'acte juridique ne peut avoir un objet contraire à l'ordre public, *notamment* les bonnes mœurs ».

(35) Voy. aussi à ce sujet J. GHESTIN, « Traité de droit civil », « Les obligations. Le contrat », pour qui : « Quant à la notion de bonnes mœurs, elle exprime l'aspect moral de l'ordre public, c'est-à-dire les règles morales dont l'intérêt de la société impose le respect aux volontés individuelles », spéc. n° 93, p. 67.

(36) Voy. *infra*, n^{os} 17, 18 et 19.

De Page propose l'énumération suivante (37) des actes et conventions qui seraient contraires aux bonnes mœurs et dont l'objet et/ou la cause seraient en conséquence illicites :

1. les conventions relatives à l'exploitation de maisons de débauche ou de prostitution ; celles relatives aux relations entre concubins, à condition qu'elles aient pour objet la naissance, le maintien ou la continuation des relations hors mariage ; les conventions relatives au courtage matrimonial, etc... ;
2. les conventions relatives au jeu ; celles qui consacrent, sous quelque forme que ce soit, l'usure dans le prêt à intérêt ; celles qui ont pour objet la vente ou le trafic d'influences ; les conventions ayant pour objet de fausser une adjudication publique de l'Etat, ou d'entraver la liberté des enchères ;
3. le pacte de quota litis pour les avocats, la dichotomie pour les médecins ;
4. toutes clauses, et notamment les clauses pénales, qui dans un contrat n'ont d'autre but que l'exploitation de l'ignorance ou de l'inattention d'autrui ; toute convention emportant prohibition de reconnaître sa responsabilité ; toute convention ayant pour objet, entre parties, l'organisation ou la perpétration d'une fraude envers des tiers et plus généralement toute convention ou engagement ayant pour but de méconnaître ou d'éluder des obligations ou des abstentions imposées par la loi pénale, ou par les principes fondamentaux de la morale, admis dans tous les pays civilisés.

Cette énumération est frappante.

L'on pourrait certes discuter la pertinence de certains de ses termes.

Elle a en tout cas le mérite de faire apparaître le contenu substantiel de la notion de bonnes mœurs.

Plus précisément, deux composantes complémentaires se dégagent au sein de celles-ci.

Il y a d'abord une première composante, que l'on pourrait qualifier d'essentielle, qui est l'expression de valeurs et de

(37) Cette énumération reprend la terminologie propre à DE PAGE, sans guillemets, pour ne pas alourdir la dactylographie.

règles de droit constitutives d'une partie de l'ordre social d'une société donnée, à une époque donnée.

Cette composante, regroupant notamment la première catégorie des actes ci-dessus examinés, peut connaître une certaine variabilité dans le temps et dans l'espace.

On en prendra, entre autres, pour preuve les évolutions jurisprudentielles et doctrinales récentes intervenues en ce qui concerne la validité de certains des actes posés par des personnes en situation de concubinage (38).

Il y a ensuite une seconde conmposante, plus fondamentale, qui pourrait regrouper les autres catégories d'actes sus-visés, dont la variabilité est bien moindre, voire nulle, dans le temps et dans l'espace.

Au sein de cette composante, sont prohibés divers comportements qui apparaissent comme gravement immoraux et contraires à la bonne foi élémentaire existant en matière contractuelle et extra-contractuelle.

L'on verra par la suite qu'une distinction identique entre une composante essentielle, plus technique, et une composante fondamentale, peut être proposée en ce qui concerne la notion générale de l'ordre public et qu'elle s'avérera fructueuse.

9. — *L'ordre public interne et les principes généraux de droit*

9.1. Par sa célèbre mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1er septembre 1970, Mr. le Procureur général Ganshof van der Mersch a bien montré le rôle éminent des principes généraux de droit, reconnus depuis lors comme une source essentielle et autonome de droit (39).

Quoique non écrits, les principes généraux de droit ont la même force contraignante que la loi, laquelle « commande (...) prescrit, (...) interdit, parfois elle se borne à permettre ; mais, même alors, quand elle est d'ordre public, elle est 'impérative'; elle ne permet pas, dans ce cas que l'on interdise ce qu'elle permet. Elle émane du pouvoir qui ordonne, défend ou permet. Son caractère se fonde sur la présomption irréfragable

(38) A ce sujet, voy. l'étude de Mme A. LIMPENS, consacrée à l'ordre public en droit comparé, dans cet ouvrage, ci-après.

(39) Voy. *J.T.*, 1970, pp. 557 et s.

de l'intérêt commun. Elle suppose l'idée d'obéissance et de contrainte » (40).

Les principes généraux de droit sont un élément fondamental de l'ordre juridique. Ils « ne sont pas une création jurisprudentielle et ne sauraient se confondre avec de simples considérations d'équité. Ce ne sont pas non plus des règles coutumières : le juge ne se réfère, en les appliquant ou en en contrôlant l'application, pas à la constance dans l'application ; ils ont valeur de droit positif ; leur autorité et leur force ne se rattachent pas à une source écrite ; ils existent en dehors de la forme que leur donne le texte lorsque celui-ci s'y réfère ; le juge les déclare ; il en constate l'existence (...) Le juge est tenu d'en assurer le respect » (41).

Puisqu'ils sont les principes qui « forment l'armature morale et politique sur laquelle repose l'organisation sociale » (42), le juge, en les affirmant et en les appliquant, ne fait qu'« interpréter la volonté du législateur ou du constituant ». « Si le principe n'a pas été formulé dans la loi ou s'il ne l'a été qu'en vue de régler des applications déterminées, c'est que son existence est si certaine que le législateur estime ne pas devoir la constater dans un texte de loi » (43).

Le caractère fondamental de ces principes n'exclut pas cependant qu'ils puissent évoluer et connaître des modifications, voire disparaître.

Selon Mr. Ganshof van der Meersch, « Le législateur constituant ou ordinaire — se réserve toujours le pouvoir de donner au principe général de droit la forme législative et de l'organiser. Il peut même le condamner si l'évolution des situations politiques ou sociales le commande (...) Le principe général n'est pas immuable, il est, comme la loi, tributaire de l'évolution sociale de la collectivité nationale et de son organisation politique » (44).

9.2. La doctrine n'insiste sans doute pas suffisamment sur l'importance des principes généraux de droit en tant que l'une

(40) Voy. en particulier *J.T.*, 1970, p. 564, 3e col.
(41) *Ibid.*, p. 567, 1re col. et réf. 199 à 205.
(42) *Ibid.*, p. 570, formule du Procureur général Cornil.
(43) *Ibid.*, p. 568, 3e col. et réf. 225.
(44) *Ibid.*, p. 568, *in fine* et 569, 1re col.

des sources et composantes fondamentales de l'ordre public, que ces principes s'expriment ou non à travers une loi écrite.

La définition établie par la Cour de cassation au sujet des « lois d'ordre public » (45), ne permet pas plus de faire apparaître l'importance des principes généraux de droit au sein de l'ordre public.

Il n'est pourtant pas contestable que ces principes généraux, qui relèvent tant du droit public que du droit privé, tels que le principe général de l'impartialité des juges, le principe général de l'interdiction pour le juge de prononcer sur choses non demandées, de la motivation obligatoire de tout jugement, du nécessaire respect des droits de la défense, de la présomption d'innoncence des prévenus, ou bien encore le principe général suivant lequel « Frans omnia corrumpit », etc..., sont autant de principes de base qui déterminent l'ordre éthique, politique et social, et en conséquence l'ordre public de la société.

En outre, comme on le verra encore par la suite lorsqu'il s'agira d'apprécier de manière critique et synthétique l'ensemble des notions ci-dessus examinées, il paraît clair, compte tenu de l'importance des principes généraux de droit, que leur variabilité, ou plus précisément la possibilité pour le législateur d'y déroger, ne peut se concevoir que moyennant d'importantes limites (46).

Il apparaît même que si cette variabilité existe jusqu'à un certain point, afin de tenir compte de l'évolution du corps social, elle ne devrait se concevoir que de manière positive, dans la mesure où elle permettrait l'apparition (47) et le déve-

(45) Voy. *supra*, n° 7.1.

(46) C'est notamment en se référant à des principes généraux de droit dits « traditionnels, écrits ou non écrits, inhérents au droit public et administratif », que le Conseil d'Etat français a pu sanctionner pour excès de pouvoir un certain nombre de mesures d'arrestations administratives sous le régime de Vichy en France, pendant la seconde guerre mondiale (à ce sujet, voy. la *Mercuriale* de Mr. GANSHOF VAN DER MEERSCH, spéc. p. 571). Les principes généraux de droit peuvent donc constituer un véritable rempart face à l'arbitraire. Il ne serait dès lors pas admissible que cet arbitraire, dût-il même prendre la forme d'un pouvoir législatif ou constitutionnel apparemment légitime, puisse déroger valablement et sans limites à de tels principes. En outre, un contrôle de la pérennité de ces principes devrait pouvoir être assuré par une Cour constitutionnelle de droit interne ou même de droit international.

(47) Ou plus précisément que soient pour la première fois exprimés des principes qui existaient déjà de manière sous-jacente.

loppement de principes généraux de droit qui viendraient renforcer l'ordre juridique, en exprimant les préoccupations éthiques, ou politiques, les plus vivaces et les plus dignes de consécration au sein de la société.

A cet égard, les controverses doctrinales et jurisprudentielles existant dans notre droit positif au sujet de l'admission ou du rejet d'un principe général de bonne foi (48), qui s'appliquerait à tous les actes juridiques, prennent tout leur sens, puisqu'il s'agit d'interroger les conditions d'apparition et de développement d'un principe général de droit dont la portée excéderait la sphère contractuelle.

En cette matière, le lien aussi bien substantiel qu'historique entre le principe général de bonne foi et l'institution de l'abus de droit ne manque pas d'apparaître.

Tour à tour, n'a-t-on pas soutenu dans le passé, d'abord que l'abus de droit constituait un principe général de droit autonome, puis qu'il n'était qu'une application des règles gouvernant la responsabilité civile de droit commun ?

Les mêmes controverses se développent aujourd'hui au sujet de la bonne foi, sans qu'il soit toutefois si aisé d'intégrer purement et simplement cette dernière au droit de la responsabilité à base de faute, et alors qu'il parait même possible de défendre que l'abus de droit, ainsi d'ailleurs que d'autres institutions similaires, ne sont qu'autant d'applications du principe général de bonne foi, cette thèse étant soutenue face à ceux qui réaffirment le primat des règles de responsabilité et l'inutilité de recourir à un principe général de bonne foi autonome (49).

Mais cette question essentielle devrait faire l'objet d'une autre étude approfondie.

(48) Voy. l'étude de P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s.

(49) Dans le sens de cette dernière thèse, voy. notamment J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, pp. 289 et s., spéc. pp. 291 et 292 ; voy. aussi, L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi*, J.B. Liège, 1990, pp. 21 et s. ; de même, « Rechtsverwerking : een toepassing van de goede trouw », *T.P.R.*, 1990, pp. 545 à 644 ; et « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw », ouvrage à paraître.

10. — *L'ordre public interne et l'ordre public international belge*

10.1. La distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international belge est traditionnelle en doctrine et en jurisprudence.

La notion d'ordre public international a fait l'objet, notamment, d'un arrêt de principe de la Cour de cassation, du 27 février 1986, arrêt auquel Mme Watté a consacré un important commentaire, s'attachant notamment à émettre « quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé » (50).

Lorsqu'on examine l'approche par la Cour de cassation de la notion d'ordre public international belge, on constate le même embarras — et peut-être même un embarras accru —, que celui qui était le sien lorsqu'elle définissait les « lois d'ordre public interne » (51).

Au sujet de la compatibilité de l'article 250 du Code civil italien, qui admet l'établissement de la filiation adultérine, avec l'ordre public international belge, la Cour rappelait et décidait :

« (...)

Attendu que le moyen soutient qu'en dehors des cas prévus par l'article 331 du Code civil belge, l'application d'une loi étrangère autorisant l'établissement d'une filiation adultérine a patre, spécialement à l'égard d'un auteur de nationalité belge, doit être écartée en raison du caractère d'ordre public international qui en Belgique s'attacherait aux dispositions légales faisant obstacle à l'établissement d'une telle filiation ;

Attendu que, certes, ces dispositions sont *de lege lata* d'ordre public interne ; que, toutefois, une *loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international* que si, par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou écomomique et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger, même lorsque celle-ci est applicable suivant les règles ordinaires des conflits de lois ;

(50) Cfr. *R.C.J.B.*, 1989, pp. 56 et s.

(51) La Cour axe son approche sur la prise en compte des *lois* d'ordre public international ; et pourtant elle fait également référence à l'*ordre public international* en tant que tel, à la différence de ses arrêts sur les lois d'ordre public interne, qui se refusent apparemment à isoler et nommer le concept d'ordre public interne.

Attendu qu'en décidant que *l'ordre public international belge* ne fait pas obstacle à la recevabilité de la demande en tant que celleci se fonde sur l'article 269 du Code civil italien, l'arrêt tient compte de l'évolution des idées au sujet de la situation des enfants né hors mariage ;

(...) ; »

(L'arrêt examine ensuite la manière dont ont évolué certaines dispositions de droit des personnes, en droit belge) ;

« Qu'à la lumière de cette évolution, il apparaît que les dispositions de la loi italienne permettant l'établissement de la filiation adultérine ne peuvent plus être considérées aujourd'hui comme incompatibles avec l'ordre public international belge ; » (52)

10.2. Par cet arrêt, qui est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, et notamment à l'arrêt Vigouroux du 4 mai 1950 (53), la Cour réitère la différence existante entre les lois d'ordre public interne et celles d'ordre international belge, ces dernières constituant en quelque sorte le noyau dur de l'ordre public, en raison de leur caractère « essentiel à l'ordre moral, politique ou économique belge ».

Il n'y a donc pas nécessairement adéquation entre les lois d'ordre public interne et celles d'ordre public international belge. Comme l'indique l'arrêt du 27 février 1986, des dispositions qui appartiennent à l'ordre public interne peuvent ne pas, ou ne plus, être considérées, à la lumière d'une évolution de la société et du système législatif belge, comme relevant de l'ordre public international belge.

Il convient en outre d'observer que la Cour de cassation, fidèle à l'approche qu'elle a consacrée à la notion d'ordre public interne, s'emploie à prendre en considération *les lois* qui ont ou qui n'ont pas ce caractère d'ordre public international.

L'approche est à nouveau pragmatique et fonctionnelle plutôt qu'abstraite et substantielle.

Le système n'est cependant pas sans failles, puisqu'après avoir exprimé la différence qui peut exister entre les lois d'ordre public interne et celles d'ordre public international

(52) *Ibid.*, spéc. pp. 60 et 61.

(53) Cfr. *Pas.*, 1950, I, p. 624 ; au sujet de l'arrêt *Vigouroux* et de la jurisprudence postérieure de la Cour de Cassation, voy. les réf. citées par M^me^ WATTÉ, dans sa note, *R.C.J.B.*, 1989, spéc. p. 73, réf. 19.

privé, la Cour se réfère malgré tout à la notion d'*ordre public international belge*, considérée comme telle.

Cette caractéristique de la jurisprudence de la Cour de cassation devra encore être analysée *infra,* car elle est significative de certaines des difficultés d'approche et de définition qui s'appliquent à la notion d'ordre public.

10.3. M^me^ Watté, dans son commentaire de l'arrêt du 27 février 1986, a fait un certain nombre d'observations qui méritent d'être relevées.

Quant à la notion d'ordre public en droit interne, M^me^ Watté indique que, selon elle, « L'ordre public est une donnée vague, à contenu variable et de manifestation imprévisible, dont il est impossible de donner une définition abstraite satisfaisante et dont (...) le champ est laissé à la libre volonté du juge » (54).

Elle ajoute qu'« En droit interne, la notion d'ordre public traduit le besoin de faire prévaloir, le cas échéant, l'intérêt public sur la volonté privée (...). Dans cette mesure, l'ordre public de droit interne reflète une activité créatrice du juge, nécessairement discrétionnaire et instable » (55).

M^me^ Watté insiste ensuite à juste titre sur la spécificité relative des règles d'ordre public international :

> « Tout ce qui est d'ordre public, en droit interne, ne l'est (...) pas nécessairement en droit international privé (...).
>
> En effet, parmi les règles d'ordre public interne, ne sont d'ordre public international que celles dont le caractère d'ordre public est particulièrement intense (...).
>
> Inversement, tout ce qui est d'ordre public, en droit international privé, est, en principe, d'ordre public, en droit interne. Une telle correspondance n'existe cependant pas dans tous les cas. Et l'on cite, à cet propos, l'avis du procureur général Hayoit de Termicourt selon lequel, même si l'article 1382 du Code civil n'est pas d'ordre public interne, il faudrait corriger la lex loci delicti commissi étrangère qui n'accorderait aucune réparation à la victime d'un dommage (...) » (56).

« Ainsi, en définitive, les deux notions sont très proches et ne se distinguent que par l'intensité plus importante de la notion d'ordre public international : (...). La 'démarcation'

(54) Cfr *R.C.J.B.*, 1989, spéc. p. 82, n° 22.
(55) *Ibid.*, spéc., p. 72, n° 9 et p. 75, n° 12.
(56) *Ibid.*, spéc. p. 73 et p. 74, début, n° 10.

des deux notions de l'ordre public n'apparaît, en réalité, que dans la fonction spécifique dévolue à l'exception de l'ordre public international qui est d'exclure l'application d'une loi étrangère qui y serait contrainte (...) » (57).

L'ensemble de cette approche de la notion d'ordre public international confrontée à celle de l'ordre public interne, approche que l'on peut qualifier de fonctionnelle, a le mérite de faire apparaître les différences relatives existant entre les deux concepts de l'ordre public, et d'insister sur leur variabilité possible dans le temps et dans l'espace.

L'on reviendra cependant ci-après sur cette variabilité pour examiner s'il n'y a pas lieu d'en tempérer l'importance, car, lorsqu'elle est trop affirmée, ne risque-t-elle pas d'éclipser la nature également fondamentale de l'ordre public, qu'il soit interne ou international ?

11. — *L'ordre public : autres notions*

D'autres acceptions de l'ordre public, plus techniques, existent aussi dans notre droit.

On signalera ainsi :

— la notion d'ordre public, au sens des articles 138 et 139 du Code judiciaire, qui circonscrit le champ d'intervention d'office du ministère public ;

— et la notion d'ordre public en droit public et admistratif, au sens de l'ordre qui doit être maintenu par les pouvoirs publics, chargés de son respect et du respect de la sécurité publique (58).

12. — *L'ordre public : notion générale : appréciation critique*

Selon Malaurie :

> « (...) il est (...) inexact de dire que l'ordre public est une notion indépendante : elle est attachée aux lois et aux institutions. Aussi le juge ne peut par un pouvoir prétorien définir ce qu'est à son caprice l'ordre

(57) *Ibid.*, spéc. p. 83, n° 22. Il convient toutefois de relever que dans certains cas l'exception d'ordre public international peut servir à sanctionner une opération internationale qui serait également contraire à une loi étrangère, sans qu il y ait lieu à exclusion de cette loi ; cfr. *infra*, n^{os} 17 et 18.

(58) Au sujet de cette notion, voy. notammant CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° *Ordre public*. Au sujet d'un exemple de litige en droit administratif concernant la possibilité pour les pouvoirs communaux de limiter la liberté de commerce au nom du maintien de la tranquilité et de l'ordre public, voy. Conseil d'Etat, 16 déc. 1992, *J.L.M.B.*, 1993, pp. 404 et s.

public : ce serait créer là un bien plus grave désordre aboutir à l'anarchie juridique en niant l'ordonnance sociale. Le rôle du juge dans la détermination de l'ordre public est limité et concret : découvrir les institutions fondamentales (»principales« qui se rattachent aux principes) et rechercher ce qui est essentiel en elles. Il n'y a pas d'ordre public, il n'y a que des matières qui intéressent l'ordre public » (59).

Est affirmée ici une conception de l'ordre public proche de celle exprimée par la Cour de cassation en Belgique : dans son appréciation de l'ordre public, le juge se concentre, non sur une notion générale d'ordre public, dont il apprécierait le contenu et les contours, mais sur les institutions et les lois elles-mêmes, dont il cherche à percevoir le caractère d'ordre public, impératif ou simplement supplétif.

Dans cette conception, qui peut à nouveau être qualifiée de fonctionnelle puisqu'elle privilégie la fonction de l'institution, conçue dans le cadre du contrôle de la bonne application des lois — tout en se gardant de donner une définition substantielle de l'ordre public —, l'on comprend que l'élément fondamental soit la loi elle-même, c'est-àdire un acte émanant du pouvoir législatif, exprimant la primauté de l'intérêt général (60), et sujet à variations, compte tenu du fonctionnement même de ce pouvoir dans l'exercice de sa souveraineté.

Il est donc logique que les tenants de la conception fonctionnelle, lorsqu'ils examinent l'institution de l'ordre public, insistent sur la légalité de celui-ci, légalité qui n'exprime rien d'autre que la recherche par le pouvoir législatif de l'adéquation nécessaire à l'intérêt général, en ce compris la variabilité inhérente à cette recherche.

Cette conception est pertinente jusqu'à un certain point, mais elle tend aussi à occulter d'autres aspects de l'ordre public, tout aussi essentiels.

Car, trop affirmer le caractère de légalité de l'ordre public, implique que soit sous-estimée l'importance des autres sources et fondements de celui-ci, tel que les principes généraux du droit.

(59) Cfr. MALAURIE, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 167, p. 119.

(60) Dans le même sens, on relèvera la définition de l'ordre public par PLANIOL, que GHESTIN fait sienne dans son Traité de Droit civil : « Une disposition est d'ordre public 'toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi' », cfr., GHESTIN, *op.* et *loc. cit.*, t. 2, spéc. p. 85, n° 93 et réf. 41.

Trop invoquer la prévalence de l'intérêt général au sein de l'ordre public et la recherche de l'utilité sociale des actes juridiques (61), a pour conséquence que soit occulté l'un des domaines de base de l'ordre public, à savoir l'ensemble des principes écrits ou non écrits qui visent à protéger les droits et les libertés fondamentales des individus, notamment dans leurs rapports avec les différents pouvoirs de l'Etat.

Enfin, d'une trop grande insistance sur la variabilité (62) dans le temps et dans l'espace de la notion d'ordre public, il peut résulter que les fondements de celui-ci en soient relativisés à l'extrême et fragilisés. Or, s'il est vrai qu'il faut tenir compte de l'évolution du corps social dans l'élaboration technique des règles de droit, il est douteux que les principes réellement fondamentaux, tels que la plupart des principes généraux de droit ou des garanties de base reconnues et sanctionnées par la Constitution, soient sujets, en dehors du respect de très strictes limites, à d'importantes fluctuations et modifications.

L'on peut penser que si modifications il y a, elles devront tendre nécessairement à augmenter la protection réelle des droits des individus, notamment face aux institutions gardiennes de l'intérêt général, de sorte que la variabilité de l'ordre public pourra être qualifiée, dans cette mesure, de positive.

Il est par ailleurs difficilement admissible que l'Etat puisse, même à travers le pouvoir législatif ou le pouvoir constituant, déroger à ces principes désormais bien ancrés dans l'ordre juridique, si ce n'est dans des situations tout à fait exceptionnelles où de telles dérogations s'imposeraient par la force des choses (63).

(61) Sur la théorie de l'utilité sociale des actes juridiques, défendue notamment par DE PAGE, voy. *supra*, n° 7.1., réf. 15.

(62) Dans le sens de la variabilité, voy. not. J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. PERELMAN et R. VANDER ELST, 1984, Bruxelles, pp. 77 et s.

(63) A ce sujet, voy. aussi *infra*, la partie consacrée à l'ordre public et les droits de l'homme, spéc. n^{os} 23 et 24. Comme on le verra, il est clair que si l'on affirme le nécessaire respect d'un ordre public normalement intangible, du moins en ce qui concerne les principes fondamentaux à la base de cet ordre, principes qui protègent les droits et les libertés des individus, la difficile élaboration de règles pouvant emporter des dérogations admissibles à cet ordre fondamental constitue finalement la partie la plus délicate du régime de l'ordre public.

Il paraît donc préférable en définitive de corriger la conception fonctionnelle de l'ordre public, par une conception également substantielle de la notion, redonnant leur juste place à certains des fondements normalement inaltérables de l'ordre public.

13. — *L'ordre public : notion générale : appréciation critique (suite) : ordre public et Etat de droit, droit objectif et droits subjectifs : ordre public technique ou essentiel et ordre public fondamental*

La conception substantielle de l'ordre public rend également possible un approfondissement de la notion.

L'ordre public gagne à être compris à la lumière d'autres concepts de base, tels que les concepts d'Etat de droit, de droit objectif et de droits subjectifs.

Puisque, suivant l'approche moderne de l'Etat de droit (64), développée notamment par Carré de Malberg, cet Etat ne peut être reconnu qu'à partir du moment où il accepte pleinement de se soumettre, dans ses rapports avec les autres sujets de droit, à un régime limitatif de compétences, respectueux des libertés fondamentales, l'ordre public que fait régner l'Etat n'est plus sans limites et comprend de manière substantielle la sphère en principe intangible des droits et des libertés fondamentales qui s'impose à lui.

L'Etat de droit est donc par définition lui-même soumis à l'ordre public, en tout cas à la composante fondamentale de cet ordre public que constituent notamment les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

L'ordre public s'éclaire de manière similaire lorsqu'il est mis en rapport avec le couple de notions droit objectif/droits subjectifs (65).

(64) L'expression « Etat démocratique » pouvant aussi être employée comme synonyme de l'expression « Etat de droit » ; à ce sujet, cfr. également *infra*, n^os^ 22 et 23.

(65) Sans même aborder la notion même de droit subjectif, qui a donné lieu au développement de très nombreuses théories. A ce sujet, voy. not. GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de Droit civil, Introduction générale*, 3^e^ éd., pp. 121 et s., n^os^ 162 à 193. Au sujet d'une approche positiviste de la notion de droit subjectif, voy. aussi *supra*, la conception de DUGUIT, passage cité en note 10.

L'ensemble du droit objectif comprend notamment les droits subjectifs, dont certains ne souffrent pas en principe de dérogations, en raison de leur caractère fondamental.

Au sein du droit objectif, la sphère de l'ordre public se partage ainsi entre des normes auxquelles le législateur a entendu conférer, par une décision expresse ou tacite mais certaine de volonté, le caractère d'ordre public, dans la mesure où ces normes édictent des règles d'organisation essentielles à la société, et des normes plus fondamentales encore qui expriment les droits et libertés de base des individus.

Il apparaît donc, lorsqu'on examine ces notions, que l'ordre public lui-même, en tant qu'ordre public général, peut être décomposé en deux parties complémentaires et d'intensité différente.

Il y a d'abord la partie de l'ordre public qui peut être qualifiée de technique ou essentielle, à savoir celle regroupant les normes à caractère essentiel, compte tenu de l'organisation de la société qui tend à la réalisation de l'intérêt général, normes qui souvent s'imposent aux individus dans leurs rapports avec le personne étatique, et qui sont susceptibles de variation et d'évolution en fonction des changements affectant la société et son organisation dans le temps et dans l'espace (66).

L'ensemble de ces normes forme *l'ordre public technique ou essentiel.*

Il y a ensuite la partie de l'ordre public qui peut être qualifiée de fondamentale, à savoir celle qui comprend les règles d'organisation fondamentale de la société, les grands principes de son ordre juridique et politique ainsi que les libertés de base appartenant aux individus et dont le respect s'impose pleinement à la personne étatique en tant qu'Etat de droit (67).

(66) Appartiennent notamment à cet ordre public technique ou essentiel, de manière générale, les lois sur la milice, les lois sur l'impôt, les lois sur les attributions des autorités administratives et judiciaires, les lois sur l'organisation administrative des professions, les lois sur la sécurité dans les entreprises, les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes, les principes fondamentaux de droit des successions, les règles relatives à la responsabilité décennale des architectes, la législation relative à la faillite et au concordat, etc.

(67) Ont ce caractère les principes de base de l'organisation politique d'un état démocratique, tels que les grands principes de droit public comme la séparation des pouvoirs, l'indépendance du pouvoir judiciaire, le recours au suffrage universel, etc., et les principes édictant les droits et libertés fondamentales des individus, en ce compris des principes généraux de droit.

Cette seconde partie constitue le cœur de l'ordre public ; elle est *l'ordre public fondamental.*

Cet ordre public fondamental comprend également les bonnes mœurs, expression de l'ordre éthique, et des valeurs de la société.

La distinction ici exposée, sans doute dans une certaine mesure discutable et arbitraire quant à sa terminologie, sera encore approfondie *infra,* à la lumière du domaine des droits de l'homme.

Avant d'examiner l'ordre public et les droits de l'homme ainsi que certains aspects de la notion en droit international, quelques développements très synthétiques s'imposent au sujet des fonctions et du régime de l'ordre public en droit interne.

C. — *L'ordre public : régime — brève synthèse*

14. — *Principes de base : fonctions*

Comme on vient de le voir, l'ordre public doit tendre à protéger non seulement l'intérêt général mais aussi les intérêts fondamentaux des individus.

En d'autres termes, l'ordre public promeut idéalement le respect des libertés individuelles tout en recherchant le bien commun et en maintenant l'ordre essentiel de la société.

Plus précisément, c'est le juge qui, à travers le fonctionnement du pouvoir judiciaire, est chargé de faire respecter l'ordre public.

Ainsi, au nom de l'ordre public, le juge est-il amené, d'une part, à faire respecter par l'Etat les garanties reconnues à chacun, d'autre part, à faire respecter par les individus l'ordre public essentiel et les lois écrites qui l'expriment.

La première fonction est remarquablement illustrée par le régime mis sur pieds dans le cadre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et sera examiné ci-après.

La seconde fonction, qui concerne plus précisément l'ordre public technique ou essentiel, peut être qualifiée de fonction d'exclusion puisqu'elle s'applique plus généralement aux actes juridiques, tels que les conventions ou les actes unilatéraux, et

a pour objet d'exclure la validité de ceux-ci, dans la mesure où ils seraient contraires à l'ordre public, en ce compris les bonnes mœurs.

Cette seconde fonction de base de l'ordre public se manifeste également de manière spécifique en droit international privé, lorsque, comme on l'a déjà vu, le juge belge, sur la base de l'ordre public international belge, décide d'exclure l'application de telle ou telle loi étrangère contraire à cet ordre (68).

Nous aurons encore l'occasion d'analyser *infra,* ce processus d'exclusion ou de disqualification existant en droit international privé (69).

Les développements qui vont suivre seront consacrés à la fonction d'exclusion de l'ordre public en droit interne à l'égard d'actes juridiques qui lui sont contraires.

15. — *L'ordre public interne : fonction d'exclusion des actes juridiques contraires : difficultés d'application : l'exemple de la lésion qualifiée*

15.1. L'existence de la fonction d'exclusion résultant du primat de l'ordre public interne doit, comme on le sait, être appréciée à la lumière de la distinction entre les lois d'ordre public et les lois impératives.

Le régime des lois d'ordre public et des lois impératives peut être brièvement synthétisé comme suit.

Les *lois d'ordre public* (70) visant pour l'essentiel à assurer la protection de l'intérêt général, exercent une fonction d'exclusion très puissante à l'égard des actes juridiques qui leur sont contraires, d'où l'application des règles bien connues suivantes :

— la nullité absolue est la sanction de leur violation ;
— cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée, qu'elle soit ou non partie à l'acte incriminé ;
— elle doit être prononcée d'office par le juge ;
— elle se prescrit par 30 ans, en application de l'article 2262 du Code civil ;

(68) Au sujet des autres utilisations de l'exception d'ordre public en droit international privé, voy. aussi *infra*, n^{os} 18 et 19.

(69) Cfr. la partie de cette étude consacrée à l'internationalisation de l'ordre public.

(70) Auxquelles il convient d'ajouter les bonnes mœurs.

— l'acte nul n'est pas en principe susceptible de confirmation.

Les *lois impératives* tendent à protéger des intérêts particuliers. Il en résulte une fonction d'exclusion atténuée dont se déduisent les règles suivantes :

— la nullité relative est la santion de leur violation ;
— cette nullité ne peut être soulevée que par la partie protégée par la règle violée ;
— elle ne peut être soulevée d'office par le juge ;
— elle se prescrit par 10 ans, en vertu de l'article 1304 du Code civil ;
— elle est susceptible de confirmation, c'est-à-dire que la partie protégée par la règle violée peut renoncer à se prévaloir de la nullité et confirmer l'acte incriminé, pour autant que sa volonté soit libre au moment de la confirmation (71).

15.2. Deux principes bien connus gouvernant la fonction d'exclusion appliquée aux actes juridiques contraires à l'ordre public, méritent par ailleurs d'être signalés.

En vertu de l'adage « Nemo auditur turpitudinem suam allegans », personne ne peut demander en justice l'exécution d'une convention contraire à l'ordre public. L'adage ne peut cependant être invoqué pour interdire à une partie à une convention illicite de se prévaloir de cette illicéité pour demander la nullité de cette convention (72).

Sur base de l'adage « In pari causa turpitudinis cessat repetitio », le juge décide de manière souveraine si l'annulation de la convention contraire à l'ordre public fait ou non naître l'obligation de restituer ce qui a été exécuté en vertu de la convention annulée. L'application de l'adage est donc laissée à l'appréciation du juge du fond « qui, en tenant compte de la protection de l'ordre social et de l'équité, devra assurer de la meilleure manière manière possible le respect des objectifs du législateur et examiner si ce respect est mieux réalisé par la restitution ou par le refus de restitution » (73).

(71) Au sujet de l'ensemble du régime des lois d'ordre public et impératives, voy. not. P. Van Ommeslaghe, *Cours de Droit des obligations*, 3e éd., t. Ier, spéc. pp. 341 et 342.
(72) Voy. à ce sujet Cass., 19 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1008.
(73) Voy. Cass., 8 décembre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 434, et concl. précédent l'arrêt de Mr. Hayoit de Termicourt.

L'application de la fonction d'exclusion, en cas de violation de l'ordre public, peut donc se concevoir avec un certain pragmatisme qui implique la prise en compte du respect de l'ordre social et de l'équité.

15.3. La différence entre les lois et institutions d'ordre public et celles qui ont un caractère impératif, différence qui repose en principe sur le fait que les premières visent à protéger l'intérêt général tandis que les secondes défendent des intérêts particuliers, est parfois problématique et difficilement décelable.

Comment en effet sanctionner la violation d'une loi ou d'une institution qui relève à la fois de l'intérêt général, en raison notamment de son importance dans l'ordre juridique, et vise pourtant à protégér des intérêts particuliers ?

La tentation peut ainsi exister dans le chef du juge de qualifier la situation litigieuse en termes d'illicéité et, en conséquence, de la sanctionner par la nullité absolue sur la base des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, alors que cette violation concerne en réalité une relation juridique bien particulière et ne devrait sans doute pouvoir être soulevée que par la partie lésée.

L'*exemple de la lésion qualifiée* est frappant à cet égard.

S'agit-il de considérer que le comportement consistant à abuser dans la conclusion d'un acte juridique des « faiblesses, passions, de l'ignorance ou des besoins » de l'autre partie, afin d'en tirer un avantage disproportionné par rapport à ce qui eût été normal, constitue la manifestation d'un mobile illicite de nature à justifier l'annulation absolue de l'acte juridique, en application des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil ?

Ou bien, faut-il décider que ce comportement est à l'origine d'une faute précontractuelle, contraire à la bonne foi due au cocontractant, génératrice d'une culpa in contrahendo, dont la sanction, appliquée en nature sur base du droit commun de l'article 1382 du Code civil, pourrait résider dans l'annulation de l'acte juridique (74).

(74) Au sujet de l'ensemble des thèses en présence, voy. not. P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence, les obligations... », *R.C.J.B.*, 1975, p. 452, n° 17, et réf. ; parmi celles-ci, dans le sens de la thèse de la responsabilité pré-contractuelle, également défendue par Mr. Van Ommeslaghe, voy. A. De Bersaques, « La notion de bonnes

Cette dernière thèse a notre préférence.

Elle tient compte de ce que pour l'essentiel les intérêts à protéger sont privés.

Elle évite également de donner au juge et aux tiers un droit de contrôle trop large à l'égard de relations contractuelles qui intéressent surtout les parties.

L'existence de cette controverse, non tranchée à ce jour, démontre à tout le moins qu'il peut être hâtif de sanctionner par la nullité absolue tout comportement qui aurait une dimension manifestement choquante et immorale, au regard de l'éthique juridique.

Il existe donc des principes qui, quoique fondamentaux dans l'ordre juridique et par conséquent ancrés de manière durable et profonde dans cet ordre, sont plus adéquatement sanctionnés par la nullité relative ou par le droit commun de la responsabilité, donnant lieu le cas échéant à une réparation en nature assimilable à la nullité relative, ce en raison du caractère essentiellement privé des intérêts à protéger.

L'on songera notamment à la prohibition du dol, le vice de consentement sans doute le plus grave qui est sanctionné par la nullité relative, ou bien encore à la prohibitions des comportements sciemment fautifs ou habités par une intention de nuire à autrui, qui sont sanctionnés par une réparation en principe en nature, suivant le droit commun de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle.

Mais la démarcation entre la protection des intérêts privés et la défense de l'intérêt général ne s'impose pas toujours aisément d'elle-même.

On en prendra pour preuve la jurisprudence de la Cour de cassation (75), sanctionnant par la nullité absolue les clauses pénales excessives, en raison de leur caractère de peine privée.

Sans aborder les controverse nombreuses développées en cette matière, il paraît que la solution défendue par la Cour de

mœurs... », *op.* et *loc. cit.*, *R.C.J.B.*, 1958, pp. 185 et s. ; et du même auteur « La lésion qualifiée et sa sanction », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 10 et s. ; voy. aussi la thèse de W. De Bondt, fondée sur l'abus de droit et la bonne foi, « De leer der gekwalificeerde benadeling », 1985.

(75) Cfr. not. Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 454 et note I. Moreau-Margrève, « Une institution en crise : la clause pénale ».

cassation frappe par un rigorisme dont la justification est à nouveau à rechercher dans la volonté de défendre l'intérêt général, au nom de principes donnant d'office lieu à une véritable police du contrat par le juge.

III. — L'ORDRE PUBLIC ET LES DROITS DE L'HOMME

16. — *L'internationalisation de l'ordre public*

La notion d'ordre public n'est pas propre au droit interne.

Il convient de mettre en évidence un phénomène d'internationalisation de cette notion :

— dans le droit de l'arbitrage international ainsi que dans certaines décisions de justice concernant des litiges internationaux ;
— dans le droit des gens ;
— et dans le droit européen protecteur des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A. — *L'ordre public dans le droit de l'arbitrage international et à travers des décisions de justice portant sur des litiges internationaux*

17. — L'émergence d'un concept d'ordre public international ou transnational, dans le droit de l'arbitrage international, est un phénomène remarquable qui est apparu au 19e siècle et qui n'a cessé de s'amplifier au cours de ce siècle, en particulier depuis le début des années 1980.

17.1. Par une sentence des 17 et 29 mai 1875, le Tzar de Russie décidait au sujet de la question de savoir s'il fallait reconnaître le droit de propriété d'une personne sur des « esclaves » que leur « propriétaire » avait fait transporter dans un navire qui n'avait pu arriver à la destination initialement prévue, de sorte que les autorités du port concerné s'interrogeaient sur l'existence d'une obligation de libérer ou non les « esclaves » : « Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de rapporter ici des autorités pour démontrer que l'esclavage, quoique odieux et contraire aux principes de justice et d'humanité,

peut être établi par la loi d'une contrée ; et que, ayant été ainsi établi dans plusieurs contrées, il ne veut pas être contraire à la loi des nations » (76).

Il s'agissait là d'une bien étrange décision où était, d'une part, affirmé le nécessaire respect de principes de justice internationale, à l'origine d'un véritable ordre public international, et, de l'autre, la possibilité de déroger à cet ordre en vertu de pratiques locales prétendument bien établies.

Le principe de base emportant référence à l'ordre public était bien présent, mais exprimé en tant que vœu pieux et à des fins idéologiques, vidé en quelque sorte de son contenu à venir et marqué par le droit d'un siècle finissant depuis lors largement transcendé par l'affirmation universelle de la prohibition de l'esclavage.

17.2. Mr. Lalive, dans son étude précitée, a relevé l'existence de nombreuses sentences arbitrales qui ont contribué à ce processus d'affirmation de l'ordre public international ou transnational.

En 1963, par une sentence rendue dans un arbitrage C.C.I., en matière de corruption, l'arbitre Lagergren rappelait : « Contracts which seriously violate bonos mores or international public policy are invalid (...) » (77), puis, se référant au principe général de droit prohibant la corruption dans le commerce international, concluait : « Such corruption is an international evil ; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations (...) » (78).

Dès lors, ainsi que l'observait Lalive, « On peut voir dans la condamnation arbitrale de la corruption l'application d'un principe général de droit 'reconnu par les nations civilisées' ou encore la consécration d'une 'règle matérielle d'application immédiate', aussi bien que le recours à un 'ordre public inter-

(76) Affaire dite « *Marie Luz* » ; cfr. NIBOYET, « Le rôle de la justice internationale », pp. 180 à 187, cité par LALIVE, *op.* et *loc. cit.*, *Rev. de l'Arb.*, 1986, spéc. pp. 335 et 336, n° 15 et réf. 5.

(77) Sentence n° 1110 de 1963, citée par LALIVE, *op.* et *loc. cit.*, spéc. p. 336, réf. 6.

(78) *Ibid.* LALIVE, réf. 6.

national' ; quelles que soient les étiquettes, c'est bien la même notion qui est en cause » (79).

Par une sentence C.C.I. de 1982, le collège arbitral saisi devait statuer sur un ensemble de contrats conclus à des fins d'importation et d'exportation, servant en réalité — une partie de l'opération ayant un caractère fictif — à obtenir un crédit en devises étrangères qui contrevenait à une législation locale yougoslave. Les arbitres ont jugé les contrats « contraires non seulement à la législation yougoslave, mais encore à la morale et aux bonnes mœurs », les ont déclaré nuls de nullité absolue et ont ajouté : « Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément de droit commun des contrats dans le domaine international. En l'espèce, les parties ont sciemment passé un contrat fictif, en violation de la législation yougoslave qui régit le contrat, et en procurant à l'exportateur fictif un crédit lui-même fictif qu'il n'aurait pas obtenu autrement. Il y a donc à la fois, violation de la loi, de la morale et des bonnes mœurs » (80).

Dans une autre sentence C.C.I. de 1981, il s'agissait de se prononcer sur la légalité d'un contrat de commission qui cachait en réalité une opération impliquant le paiement de pots de vin. Les arbitres ont conclu à la nullité de l'opération, au motif que « cette solution n'est pas seulement conforme à l'ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnait » (81)

17.3. A travers ces sentences, l'on perçoit que s'exprime un corpus de règles fondamentales, de principes généraux de droit du commerce international reconnus de manière consensuelle et universelle, auxquels les arbitres peuvent — et doivent — se référer en tant que droit commun de l'arbitrage internatio-

(79) *Ibid.* LALIVE, réf. 68, spéc. n° 22, p. 337.

(80) Cfr. sentence C.C.I. n° 2730, Clunet, 1984, 914, obs. DERAINS, cité par LALIVE, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 24, p. 338 et réf. 10.

(81) Sentence n° 3913 de 1981, non publiée ; des extraits en sont cités dans la note de DERAINS citée en réf. 74, citée aussi par LALIVE, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 25, p. 339.

nal ou *lex mercatoria*, en d'autres mots, un véritable ordre public transnational (82).

18. — Le même phénomène d'internationalisation de l'ordre public se rencontre également lorsqu'on examine nombre de décisions de justice rendues par les cours et tribunaux à l'occasion de litiges internationaux.

Ainsi, par un jugement du 2 mai 1988, le tribunal de commerce de Bruxelles indiquait, après avoir constaté qu'une législation interne en matière de commerce des armes faisait partie de l'ordre public belge, que « les principes qui (...) sous-tendent (cette législation) en ce qu »'ils visent à faire respecter les principes généraux du droit et d'humanité reconnus par les nations civilisées « se réfèrent à un ordre public international, expression des principes fondamentaux communs à toute l'humanité c'est-à-dire à une espèce de ius cogens international bien que le droit international n'édicte pas de règles générales destinées à régir le commerce des armes (...) » (83).

De même, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 3 octobre 1984, trouve-t-on exprimée la constatation solennelle de l'existence d'un ordre public transnational : « (...) la sécurité des relations commerciales et financières internationales postul(e) la reconnaissance d'un ordre public sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux » (84).

Deux décisions françaises méritent encore d'être mentionnées, en matière de vente d'armes internationale.

Par un jugement du 1er juillet 1988, le tribunal de grande instance de Paris, saisi d'une action dirigée par l'association

(82) Mr. LALIVE demeure cependant prudent lorsqu'il analyse la portée réellement contraignante de cet ordre public transnational (cfr. *op.* et *loc. cit.*, spéc. nos 35 à 37). Se pose ainsi également le problème de la réception de la *lex mercatoria* dans le droit de l'arbitrage international.

(83) Voy. *J.T.*, 1989, p. 131 ; *R.G.D.C.*, 1990, p. 59 et note BARNICH ; voy. aussi citation par R. PRIOUX, in « Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international », *J.T.*, 1990, pp. 733 et s., spéc. p. 738, n° 18 et réf. 51.

(84) Voy. *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 526 et note SYNVET ; également cité par P. PRIOUX, *op.* et *loc. cit.*, *J.T.*, 1990, spéc. p. 738, n° 18 et réf. 53.

européenne « Droit contre raison d'état » à l'encontre de la société Thomson-CSF, action qui critiquait des ventes d'armes à l'Irak au moment de la guerre opposant ce pays à l'Iran, a décidé :

> « Attendu que les faits que l'association reproche à la société Thomson ne sont pas sérieusement contestés dans la mesure où la société défenderesse fait valoir que ces livraisons litigieuses sont faites conformément à la législation interne française et sans enfreindre une quelconque décision internationale, dès lors qu'aucune juridiction internationale n'a condamné les deux pays belligérants ni interdit de livraison de matériels militaires de ces deux pays ; que de tels faits sont toutefois incontestablement contraires à la défense du droit humanitaire international que s'est fixé pour but cette association et constitue pour elle un préjudice cetrain ; que cependant un tel préjudice ne suffit pas et doit être direct et personnel, or attendu que l'état de guerre contre lequel milite cette association concerne l'ensemble de la collectivité civile tant nationale qu'internationale, et ne la concerne qu'en tant que ses membres appartiennent à ladite collectivité civile ; que toutefois l'association ne peut réclamer la réparation d'un préjudice éprouvé par la collectivité civile toute entière, préjudice dont la défense incombe exclusivement à l'Etat » (85).

Par un arrêt du 22 mars 1990, la Cour d'appel de Versailles s'est prononcée différemment au sujet d'une action intentée par la même association contre la société Dassault Bréguet Aviation, en décidant que « le contrat passé avec l'Irak par Dassault ne constitue que l'exécution, par l'intermédiaire de cette société, d'un acte de gouvernement, relevant de la politique nationale qui échappe ainsi, sous l'aspect moral qui est en cause, à la compétence de l'autorité judiciaire » (86).

Ces deux décisions sont nuancées. S'y trouve affirmé en tant que principe général le nécessaire respect de l'ordre public international. Ce dernier ne rendrait pas cependant automatiquement illicite les ventes d'armes internationales dès lors que celles-ci seraient valables au regard des législations internes applicables et ne violeraient pas une prohibition particulière décidée régulièrement par la communauté des Etats.

(85) Voy. *J.D.I.*, 1991, p. 691, 3e esp. et note OPPETIT ; voy. aussi, *R.T.D. Civ.*, 1991, spéc. pp. 386 et 387.

(86) Voy. aussi *J.D.I.*, 1991, 2e esp. et note OPPETIT ; cfr. ég. *R.T.D. Civ.*, 1991, spéc. p. 387 et autres réf. jur.

19. — *L'ordre public international ou transnational : brèves considérations critiques*

Dans les cas les plus fréquents, l'exception de l'ordre public international belge permet d'écarter l'application d'une loi étrangère qui lui serait contraire (87).

La fonction d'exclusion joue alors à plein.

Après avoir développé un raisonnement tendant à déterminer la loi applicable, le juge, « sans s'ériger en censeur de l'activité législative des autres états » et en se bornant « à refuser de consacrer, par sa décision, des effets de droit absolument incompatibles avec les conceptions fondamentales de (son) ordre juridique (...) » (88), peut constater une possible contrariété de la loi étrangère avec l'ordre public international belge et appliquer la fonction d'exclusion résultant de ce dernier.

Plus délicate est la situation où l'opération critiquée en justice vise en réalité à violer une loi étrangère.

Dans une affaire de traffic d'or, le juge français saisi du litige, décida d'annuler un contrat de transport de matière précieuse depuis le Portugal vers l'Egypte, contrat conclu en violation de lois douanières espagnoles, au motif que « (...) si les juges français n'ont pas à réprimer devant les tribunaux français les atteintes portées en pays étranger, à l'ordre public national propre à ce pays, du moins doivent-ils considérer comme illicites et dépourvues d'effets de ce chef, les opérations de contrebande qui sont faites en fraude des lois étrangères portant comme c'est le cas en l'espèce, atteinte à la conscience publique et à l'ordre public international » (89).

(87) Cfr. WATTÉ, *op.* et *loc. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, spéc. n^{os} 42 et 43, pp. 94 et 95.

(88) Cfr. G. VAN HECKE, obs. sous Liège, 23 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1971, spéc. pp. 10 et 11 ; cité par WATTÉ, *op.* et *loc. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, spéc. n° 54, p. 101.

(89) Civ. Seine, 4 janvier 1956, *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 679 ; cité par WATTÉ, *op.* et *loc. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, spéc. n° 41, p. 93 et réf. 110. Dans le même sens voy. le très intéressant jugement rendu par le tribunal de commerce de Bruxelles, le 19 avril 1968 (*J.C.B.*, 1968, p. 768 et note RIGAUX), qui analyse la question de savoir dans quelle mesure l'objet d'une association momentanée doit être considéré comme illicite au regard du droit belge, lorsque cette association a été constituée pour pratiquer la contrebande de devises étrangères et donc violer des dispositions d'ordre public étrangères. Commentant cette décision, VAN OMMESLAGHE relevait : « S'inspirant du remarquable avis donné par M. HAYOIT DE TERMICOURT avant un arrêt de la Cour de Bruxelles du 13 mai 1936 (*B.J.*, 1937, p. 4), le jugement constate exactement que cette question est totalement étrangère au concept d'ordre public international belge. D'autre part, la seule circonstance qu'une loi étrangère ait été violée ne suffit pas à justifier l'application en Belgique d'une nullité absolue fondée sur les articles 6 et 1131 du Code civil (...). Mais il peut arriver que l'intention de vio-

Ce type de situation est souvent problématique, car les parties ont en général fait le choix d'une *lex contractus* différente de la loi étrangère qu'ils entendent par ailleurs violer (90).

Le juge saisi du litige peut être alors souvent tenté de se référer immédiatement à son ordre public international, ou bien encore aux bonnes mœurs, pour annuler l'opération en question en raison d'une cause illicite.

Mr. Prioux a fait une analyse pénétrante de ce problème dans une étude portant sur « Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international » (91).

Cet auteur a émis différentes critiques à l'encontre d'une importante jurisprudence qui recourt selon lui trop rapidement aux notions de bonnes mœurs et de cause illicite pour sanctionner des actes juridiques contraires à une loi étrangère.

Mr. Prioux observe : « On constate donc qu'en définitive le tribunal applique malgré tout le droit belge en se fondant sur la notion d'ordre public international belge. Ce fondement juridique nous paraît erroné car il méconnaît à plus d'un titre la portée et les effets de la notion d'ordre public international. (...) (E)n se rattachant directement à l'ordre public international, le tribunal a omis de déterminer la loi applicable qui doit être évincée. Or la mise en œuvre de l'exception d'ordre public suppose que la loi applicable soit préalablement déterminée. C'est en effet l'application de la loi étrangère qui est visée par l'exception d'ordre public et non pas un acte juridique détaché de toute loi applicable » (92).

Mr. Prioux note également : « On enseigne certes en droit belge que sont contraires aux bonnes mœurs les pratiques telles que la piraterie, le trafic d'armes ou de devises, voire même le trafic d'influences. On ne peut cependant appliquer cet enseignement de droit des obligations que dans l'hypothèse où la loi applicable est la loi belge ou un droit de type 'civi-

ler la loi étrangère apparaisse au juge belge comme contraire aux bonnes mœurs telles qu'il les apprécie. Ce sera généralement le cas de la contrebande, de la fraude douanière ou de la fraude sur devises, de la piraterie (...) » ; cfr. « Examen de jurisprudence (1968 à 1973), les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, spéc., pp. 465 et 466, n° 27.

(90) Cfr. WATTÉ, *op.* et *loc. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, spéc. n° 41, p. 93.

(91) Cfr. *op.* et *loc. cit.*, *J.T.*, 1990, pp. 733 et s.

(92) *Op.* et *loc. cit.*, *J.T.*, 1990, spéc. pp. 734 et 735, et notes 17 et 18.

liste' connaissant la même notion de bonnes mœurs (comme le droit français ou le droit suisse) » (93).

On peut se demander s'il ne convient pas de nuancer quelque peu ces dernières propositions.

Que se passe-t-il lorsque le juge international est saisi d'un litige qui sans faire intervenir une loi étrangère contraire à l'ordre public international, emporte précisément violation de cette loi et surtout de l'ordre public lui-même ?

Le juge doit-il alors renoncer à faire jouer la fonction d'exclusion résultant de l'exception de l'ordre public, au motif qu'elle ne s'exerce pas à l'égard de la loi étrangère mais permet de sanctionner directement l'opération litigieuse ?

On peut en douter.

En outre, que fait le juge lorsqu'il se réfère également aux bonnes mœurs, dont il constate la violation ?

Statue-t-il strictement en droit belge, de sorte que la censure qu'il exercerait ainsi serait critiquable ?

En réalité, il est possible de soutenir que le juge ne fait rien d'autre qu'appliquer l'exception de l'ordre public, à laquelle s'intègrent les bonnes mœurs, exception qui appartient non seulement au droit du for mais qui possède même une dimension internationale, ou plus précisément transnationale (94).

Cette dernière constatation pose le problème de la définition de l'ordre public transnational par rapport à l'ordre public international belge.

Mr. Prioux a examiné cette question et indiqué les deux conceptions possibles en la matière, la première prônant l'autonomie des concepts d'ordre public international belge et d'ordre public transnational, la seconde leur identité (95).

Il semble que la thèse de l'identité devrait logiquement l'emporter : l'ordre public international belge comprend également de manière substantielle l'ensemble des principes géné-

(93) *Op.* et *loc. cit.*, *J.T.*, 1990, spéc. p. 736 et réf. 31 à 33.

(94) Sans même aborder ici la fonction d'exclusion qui résulte d'une possible référence aux lois de police et d'application immédiate ; à ce sujet, cfr. PRIOUX, *J.T.*, 1990, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n^{os} 14 et s., p. 737.

(95) Cfr. *op.* et *loc. cit.*, *J.T.*, 1990, spéc. pp. 738 et 739, n^{os} 19 et 20, et réf.

raux de droit, écrits ou non écrits, reconnus par la communauté universelle des Etats (96).

Le juge, lorsqu'il applique ces principes, applique l'ordre public international du système juridique dont il dépend, soit le système du for, mais aussi l'ordre public transnational, commun à tous les Etats de droit.

Une dissociation des ordres publics pourrait faire naître de délicats problèmes de contrariété entre ces ordres.

En outre, une telle dissociation provoquerait d'insolubles difficultés d'application de certains textes internationaux qui se réfèrent expressément à l'ordre public du for, lequel doit donc équivaloir à — ou à tout le moins comprendre — l'ordre public transnational, pour que celui-ci soit susceptible de s'appliquer (97).

B. — *L'ordre public dans le droit des gens*

20. — La référence à un concept d'ordre public autonome est également devenue de plus en plus vivace dans le droit international public.

Par une étude remarquable, à l'aube des années 1960, H. Rolin montrait la manière dont s'était dessiné et organisé dans le droit des gens un véritable mouvement « Vers un ordre public réellement international » (98).

Monsieur Rolin rappelait notamment la meilleure doctrine qui, dans le droit des traités internationaux, s'était employée à définir les règles de base qui gouvernent la licéité des traités au regard du droit international public :

— pour Vattel, « Tous les traités, toutes les coutumes qui vont contre ce que le droit des gens nécessaire prescrit ou défend

(96) outre le fait que les normes internationales, dès lors qu'elles ont des effets directs dans l'ordre juridique interne, priment en principe les normes de droit interne, même d'ordre public, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation résultant de l'arrêt « Le Ski » (Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886) ; à ce sujet, voy. J. Velu et R. Ergec, V° « La Convention européenne des droits de l'homme », in *R.P.D.B.*, spéc. n° 101, p. 178.

(97) A ce sujet, voy. Prioux, *J.T.*, 1990, *op. et loc. cit.*, spéc. n° 20, pp. 738 et 739, développements concernant notamment l'article 16 de la Convention de Rome de 1980.

(98) Voy. « Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant », Paris, 1960, pp. 441 et s.

sont illégitimes ». et plus loin « Un traité fait pour une cause injuste ou déshonnête est absolument nul, personne ne pouvant s'engager à faire des choses contraires à la loi naturelle » (99) ;

— de même selon Fauchille « (...) doit être reconnue nulle pour illicéité de son objet toute convention tendant à la violation du droit international positif, des règles de la morale universelle, des droits fondamentaux de l'humanite » (100) ;

— d'après Scelle, « (...) l'accord de deux ou plusieurs gouvernements ne suffit pas à fonder la validité juridique d'une convention ou d'un traité. Encore faut-il que cet accord soit conforme aux règles qui gouvernent la compétence des agents juridiques internationaux. Nous avons vu par exemple qu'un accord conventionnel en contradiction avec une contrainte générale bien établie devient nul, de nullité absolue » (101) ;

— enfin d'après Cavaré, « On sait qu'en droit privé interne le but doit être licite et possible. Ces deux caractères sont applicables aux traités. En pratique ils intéressent surtout les traité contrats : a) licite : le traité ne peut être contraire au droit positif. Un traité-contrat ne doit pas contredire un traité-loi qui semble hiérarchiquement supérieur à lui. Mais la fragilité de la hiérarchie entre les sources du droit rend délicate cette appréciation. L'accord de volonté spécial ne peut-il déroger sur un point à la loi générale ? Ce qui paraît le plus sûr, c'est que le traité ne doit pas être contraire aux principes fondamentaux du droit international ou à ce qu'on peut appeler le droit commun de l'humanité, exemple un traité qui tendrait à légitimer la piraterie (...) serait illicite. De même un traité qui tendrait à la suppres-

(99) VATTEL; « Le droit des gens », *Préliminaires*, par. 9, Livre I, par. 263, Livre II, par. 161, cité par ROLIN, *op.* et *loc. cit.*, spéc. p. 451 et réf. 22.

(100) Cfr. FAUCHILLE, « Traité de droit international public », I, 3e partie, n° 819, p. 300 ; cité par ROLIN, *op.* et *loc. cit.*, spéc. pp. 451 et 452, et réf. 24.

(101) Cfr. « Cours de droit international public », p. 640.

sion violente d'un état viable qui ne trouble pas la paix (Vattel) serait illicite » (102).

21. — *Ordre public et droit des gens : ius cogens*

Les contours de l'ordre public se précisent donc également en droit des gens.

Il n'est dès lors pas déraisonnable de conclure, avec Mr. Marcus-Helmons (103), que l'ordre public devient le cœur d'un véritable ius cogens s'imposant aux Etats aussi bien qu'aux individus.

Et le recours à une terminologie parfois idéaliste, par laquelle sont mis en évidence « l'idée d'un bien commun universel » que les Etats ne pourraient ignorer, l'organisation d'un « ordre juridique supérieur » limitant les compétences de ces Etats, la référence à un « ordre juridique de la communauté des Etats », à l'origine « d'un système d'ordre public mondial capable de protéger l'intérêt commun de la communauté universelle », qui impliquerait « la consécration de quelques principes, impératifs en droit international » ; en d'autres termes, « la vérité d'une raison universelle ou d'une vertu suprême à laquelle la raison doit se soumettre, s'exprimant en droit par le caractère d'universalité attribuée » à certains principes constitutifs « d'un minimum irréductible de règles internationales » (104), commence à emporter la conviction.

En effet, le concept de norme impérative — ou d'ordre public — de droit international, dont la violation est sanctionnée par une forme de nullité absolue, a été progressivement assimilée dans l'arsenal juridique du droit des gens.

Tel a notamment été le cas dans le droit des traités.

Comme le relève Mr. Marcus-Helmons, en vertu des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion,

(102) Cfr. CAVARÉ, *Traité de droit international public positif*, 1951, II, p. 57. *Contra* GUGGENHEIM, pour qui « (...) il n'existe aucune norme qui interdise ou sanctionne la conclusion de conventions dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs » et « (...) il n'existe pas d'ordre public international limitant l'autonomie des sujets dans la création des règles de droit international », cité par ROLIN, *op.* et *loc. cit.*, spéc. p. 454, n° 17.

(103) Cfr. S. MARCUS-HELMONS, « Droits de l'homme et *jus cogens* », in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, II, pp. 1169 et s.

(104) Pour toutes ces formulations, cfr. MARCUS-HELMONS, *op.* et *loc. cit.*, spéc. pp. 1169, 1170 et 1171, et nombreuses réf.

est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère » (article 53) ; en outre « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin » (article 64).

Il est ainsi bien clair que les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnus par la Convention européenne de sauvegarde et les autres textes internationaux annexes à cette Convention, sont une illustration remarquable de la mise en place, en droit international positif, d'un ius cogens comprenant un ensemble de règles d'ordre public ayant force obligatoire dans les droits internes des Etats signataires.

Mais qu'en est-il plus précisément du régime particulier de cet ensemble normatif, examiné en relation avec la notion d'ordre public ?

C. — *L'ordre public et les droits de l'homme*

22. — *La Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme : introduction*

L'élaboration de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, ainsi que du Protocole additionnel signé le 20 mars 1952, a représenté un progrès fondamental dans la reconnaissance et la protection des droits de l'homme, du moins en droit européen (105).

Lorsqu'on aborde la Convention, du point de vue de la notion d'ordre public, c'est toute l'économie générale du système protecteur des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui apparaît et qui peut être mise en évidence.

(105) Au sujet de « La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge », voy. l'ouvrage de P. LAMBERT, Nemesis, 1987.

Une tension sémantique remarquable se développe même entre deux des sens de l'ordre public, qui ont déjà été considérés par cette étude : si l'ensemble des droits et des libertés organisés par la Convention est à la base d'un véritable ordre public européen (106), à savoir un corpus de règles fondamentales s'imposant en principe aux Etats signataires de la Convention, l'ordre public, au sens de l'ordre administratif que cherchent à faire régner ces Etats en leur sein dans l'intérêt général, peut quant à lui constituer une justification suffisante à certaines dérogations imposées aux droits et libertés, dans les strictes limites prévues par la Convention (107).

C'est cette économie générale du système de protection établi par la convention, et les richesses qu'elle recèle en rapport avec le concept d'ordre public, qu'il convient d'étudier de manière synthétique ci-après.

23. — *Economie générale du système*

La Convention est à l'origine d'un ensemble complexe de principes et d'exceptions qui définissent et modalisent les droits et les libertés fondamentales.

23.1. Comme on le sait, sont reconnus de manière principale les droits et les libertés suivants :

— le droit de toute personne à la vie (article 2 de la Convention) ;

— le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3) ;

— le droit de ne pas être tenu en esclavage, ni en servitude, ni à être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire au sens de la Convention (article 4) ;

— le droit à la liberté et à la sûreté, et en conséquence à ne pas être privé de sa liberté, sauf les cas limitativement énumérés par la Convention et selon les voies légales (article 5) ;

(106) Au sujet de la reconnaissance d'un véritable ordre public européen, en matière d'extradition, voy. H. LABAYLE, « Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme », *Sem. jur.*, 1990, n° 3452.

(107) Au sujet du sens de l'ordre public en droit public et admistratif, voy. *supra*, n° 11, 2e sens.

— le droit à un procès équitable, donnant lieu à un jugement rendu publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, décidant soit des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale (article 6) ;

— le droit à ne pas être condamné pour une action ou omission qui au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international (article 7) ;

— le droit au respect de la vie privée ou familiale, du domicile, de la correspondance (article 8) ; à la liberté de presse, de conscience et de religion (article 9) ; à la liberté d'expression (article 10) ; à la liberté de réunion pacifique et d'association (article 11) ;

— le droit de se marier et de fonder famille (article 12) ;

— le droit pour toute personne physique ou morale au respect de ses biens et à n'être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans des conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international (article 1 du Protocole additionnel) ;

— le droit de ne pas se voir refuser le droit à l'instruction (article 2 du Protocole additionnel), etc.

23.2. Cette reconnaissance n'est cependant pas pure et simple et se trouve être modalisée par différents mécanismes de restriction d'intensité variable, lesquels peuvent être classés en deux catégories fondamentales (108) (109), à savoir des restrictions de type général et des restrictions de type particulier.

(108) Au sujet du régime des exceptions, voy. de manière générale : J. VELU et R. ERGEC, V° « La Commission européenne des droits de l'homme », in *R.P.D.B.*, spéc. n^{os} 168 et s., et très nombreuses références et indications bibliographiques ; GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., « Réflexions sur les restristions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg », in *Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, 1983, pp. 263 à 279 ; cfr. aussi Conclusions avant Cass., 23 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, pp. 88 et s.

(109) Sont ici envisagés les mécanismes d'exception principaux, et non toutes les restrictions, telles notamment que celles découlant des réserves faites par les Etats à la Convention et à ses Protocoles (cfr. art. 64 de la Convention), ou bien encore les restrictions à l'activité politique des étrangers (art. 16 de la Convention) ; à ce sujet, voy. J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n^{os} 197 à 215.

23.2.1. *Les restrictions de type général* découlent pour l'essentiel, d'une part, de l'article 17 de la Convention, d'autre part, de l'article 15.

En vertu de l'article 17 : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

C'est dans cette disposition que les Etats signataires puisent leur droit de prendre les mesures nécessaires à la protection de la Convention, à l'encontre des « liberticides », et d'ainsi dénier, dans une certaine mesure, le bénéfice des droits reconnus par la Convention et d'autres textes internationaux, tels que le Protocole relatif aux droits civils et politiques (cfr. l'article 5, par. 1er de ce Protocole), à tout groupe ou individu dont l'activité ou les actes tendent à la destruction de ces droits (110).

Le champ d'application de l'article 17 de la Convention connaît cependant certaines limites qui relèvent du bon sens : seules peuvent être déniés des droits qui sont susceptibles de se prêter à des activités préjudiciables aux libertés (111), mais non les droits qui par nature « ne peuvent servir d'instruments à des activités destructrices de libertés » (112).

En vertu de l'article 15, par. 1er, de la Convention, par ailleurs : « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres mesures découlant du droit international ».

L'article 15 n'est sujet qu'à une application exceptionnelle et fortement contrôlée, et ce de la manière suivante :

(110) A ce sujet, voy. J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. nos 175 à 178.

(111) Tels que les droits à la liberté d'expression (article 10), de réunion et d'association (article 11), de circulation et de résidence (Protocole n° 4, article 2) ; cfr. à ce sujet, arrêt *Lawless*, cité par J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 178.

(112) Tels que le droit à la liberté et à la sûreté, ou au procès équitable, etc.

— quant aux motifs de la mesure dérogatoire que cet article permet, à savoir le cas de la guerre ou tout autre danger public, ce qui correspond à la situation d'état de nécessité, et dans la stricte mesure où la situation concernée l'exige ;
— quant à l'objet de la mesure dérogatoire, qui ne peut, d'une part, être contraire aux autres obligations de droit international et, d'autre part, porter atteinte à certains droits de l'homme (article 15, par. 2) ;
— quant aux formalités de publicité qui doivent accompagner la mesure dérogatoire, l'Etat en question étant dans l'obligation de communiquer certaines informations relatives à cette mesure au Secrétaire général du Conseil de l'Europe (article 15, par. 3) ;
— enfin, quant au respect nécessaire d'autres dispositions de la Convention par la mesure dérogatoire, tels que l'article 14 (interdiction des discriminations), les articles 17, 18 et 60 (113).

23.2.2. *Les restrictions de type particulier* présentent sans doute un intérêt plus marqué en relation avec la notion d'ordre public.

Ces restrictions concernent de manière particulière les articles 8 à 11 de la convention et sont exprimées par les paragraphes 2 de ces dispositions (114).

En vertu de l'article 11 (droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association), paragraphe 2 : « L'exercice (des) droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et des libertés d'autrui (...) ».

Il se déduit de cet article un régime dérogatoire strictement organisé, basé sur les principes suivants.

(113) A ce sujet et concernant l'ensemble de ces conditions, voy. Concl. de Monsieur l'Avocat général J. VELU, précédent Cass., 23 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, spéc. pp. 85 à 96.

(114) On trouve des dispositions similaires à l'article 2, par. 3 et 4 du Protocole n° 4, à l'article 1er, par. 2 du Protocole n° 7, et aux articles 12, par. 3 ; 18, par. 3 ; 19, par. 3 ; 21, par. 2 et 22, par. 2 du Protocole international relatif aux droits civils et politiques ; au sujet de cette énumération, voy. J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 187.

D'abord, les restrictions admissibles doivent être « prévues par la loi », c'est-à-dire naître d'« un acte ayant valeur obligatoire ou normative, par opposition à de simples instructions ou directives » (115).

Il résulte de cette condition « une garantie d'égalité et donc une sauvegarde contre le privilège et la discrimination ; la loi, en effet, ne statue pas pour le cas particulier » (116).

Ensuite, les restrictions doivent poursuivre un ou plusieurs objectifs légitimes, visés expressément par la Convention, tels que la « sécurité nationale » (articles 8, 9, 10 et 11), la « défense » ou la « protection de l'ordre » (articles 8, 9, 10 et 11), la « sûreté » ou la « sécurité publique » (articles 8, 9 et 11), la « protection de la santé » ou de la « morale publique » (articles 8, 9, 10 et 11), la « protection des droits et libertés d'autrui » (articles 8, 9, 10 et 11), etc.

On s'en rend compte, certaines de ces notions, qui permettent de légitimer les restrictions aux droits et libertés reconnus par la Convention, ressortissent de la notion générale d'ordre public, telle qu'elle est entendue en droit administratif (117), au sens de l'ordre qui doit être maintenu par l'Etat en son sein.

La Convention présente donc cette particularité d'organiser un système dérogatoire à certains droits et libertés fondamentales, basé notamment sur le nécessaire respect de l'ordre public, au sens second du terme, à travers lequel sont promus l'intérêt général et « les droits et libertés d'autrui ».

Enfin, on relèvera qu'aux conditions de légalité et de légitimité s'ajoute une condition de proportionnalité ou de finalité, suivant laquelle les restrictions aux droits et libertés doivent être « *nécessaires dans une société démocratigues* ».

« Il ne suffit pas que la restriction à un droit garanti par la Convention poursuive un but autorisé. Encore faut-il que les

(115) Cfr. J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 189, et réf. jur. ; dont arrêt *Silver et autres* du 25 mars 1983, Série A, n° 61, p. 33, par. 86.

(116) Cfr. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La Convention européenne des droits de l'homme et les limites que leur assignent l'intérêt général et les droits d'autrui », Académie royale de Belgique, Bulletin, 5e Série, t. LXXI, 1985, n° 5, pp. 138 à 156 ; cité par J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 188.

(117) Au sujet de cette notion, cfr. *supra*, n° 11 ; voy. aussi, J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 192.

mesures soient proportionnées au but légitime poursuivi. Cette proportionnalité se mesure à l'aune du concept clé de 'nécessaire dans une société démocratique', qui figure dans les clauses sur les restrictions. En effet, comme l'écrit le professeur Ganshof van der Meersch, 'la nécessité ne saurait être subjective, ni appréciée théoriquement et en principe seulement. Elle doit répondre à des critères objectifs' ('la Convention européenne et... les limites...', *op. cit.*, p. 154) » (118).

En outre, « Pour être qualifiée de 'nécessaire', la restriction à un droit doit se justifier par un 'besoin social impérieux' et par des motifs 'pertinents et suffisants' (...). En particulier, la règle de la proportionnalité postule l'exclusivité du moyen : non seulement la limitation de la liberté doit apparaître comme le seul moyen apte à atteindre le but autorisé, mais encore, parmi plusieurs mesures qui peuvent s'offrir à elle, l'autorité doit opter pour la mesure la moins restrictive (...) » (119).

Cette condition de proportionnalité, fondée sur la nécessité dans une société démocratique, est capitale.

Par elle s'exprime la philosophie qui est au cœur même de la Convention, dont le préambule affirme d'ailleurs l'attachement des Etats contractants à un « régime politique véritablement démocratique ».

Un bref examen de l'économie générale de la Convention nous conduit ainsi à considérer ce qui peut apparaître comme l'une des pierres angulaires du régime protecteur instauré par la Convention, à savoir la notion de société ou d'Etat démocratique.

Cette notion intervient à un double titre, d'abord implicitement, en tant que source des droits et libertés énoncés par la Convention, ensuite explicitement, en tant que justification strictement réglementée de certaines des dérogations particulières qui peuvent être apportées à ces droits et libertés.

Une brève synthèse peut dès lors être tentée, à la lumière de cette notion, qui permettra également de revenir au concept général d'ordre public.

(118) Cfr. J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 193.
(119) Cfr. J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 194.

24. — *La Convention européenne des droits de l'homme (suite) : la notion d'ordre public et la notion d'Etat démocratique : synthèse*

24.1. Lorsqu'il s'est agi d'analyser la notion d'Etat démocratique, en se fondant notamment sur la jurisprudence des juridictions européennes, Mrs Velu et Ergec ont mis l'accent sur les différents éléments constitutifs essentiels de cette notion (120).

En effet, l'Etat démocratique s'identifie, semble-t-il, a la « démocratie occidentale » et se caractérise par :

— la « prééminence du droit » ;

— le « pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture » ;

— le « respect dû aux minorités » ;

— la combinaison de la « démocratie politique » avec la « démocratie sociale », dès lors que les restrictions admissibles aux droits « peuvent découler de la nécessité d'éliminer les injustices sociales » (121) ;

— le fait que « Dans une démocratie, les restrictions aux droits ne peuvent, en aucun cas, porter atteinte à la substance de ces droits » et « doivent se limiter à régler la modalité de leur exercice ».

Cette analyse n'est certainement pas totalement exhaustive et d'autres éléments constitutifs essentiels de la notion d'Etat démocratique pourraient être encore distingués.

L'approche analytique de la notion d'Etat démocratique gagne également à être renforcée par une approche plus synthétigue de cette notion.

En définitive, les droits et libertés visés par la Convention ne sont-ils pas en eux-mêmes inhérents de manière substantielle à l'Etat démocratique (122) et n'en constituent-ils pas l'un des aspects essentiels ?

(120) Cfr. J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n^{os} 193 et s., pp. 203 et s., et jurisprudence citée.

(121) Cfr. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op.* et *loc. cit.*, « La Convention européenne... et les limites... », p. 154, cité par J. VELU et R. ERGEC, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 193.

(122) Ou Etat de droit, pour reprendre une terminologie déjà utilisée, l'Etat de droit pouvant être considéré comme synonyme de l'Etat démocratique ; voy. *supra*, n° 13.

Ne retrouve-t-on pas en outre la notion de base de l'ordre public, qui a été envisagée longuement *supra*, éclairée de manière heureuse par la notion d'Etat démocratique ?

Il est ainsi frappant de constater que ce sont les deux composantes de l'ordre public, que l'on avait cru pouvoir discerner, qui s'affirment aussi à travers la notion d'Etat démocratique.

En effet, les droits et libertés fondamentaux des individus, reconnus par les principes généraux de droit, écrits ou non écrits, tels que les principes énoncés par la Convention européenne de sauvegarde, ainsi que les autres principes généraux à la base de l'ordre politique et juridique d'un Etat, constituent l'ordre public fondamental et définissent la première composante de l'ordre public général, qui est aussi la première composante de la notion d'Etat démocratique.

Cette première composante tend notamment à la reconnaissance et à la protection des droits et libertés des individus.

Mais l'ordre social, à travers lequel se réalise la promotion de l'intérêt général, doit aussi être garanti.

Telle est la finalité de la seconde composante de l'ordre public, qui a été qualifiée d'essentielle ou technique, compte tenu de la plus grande variabilité qui la caractérise en droit comme en fait.

Cette seconde composante anime également de manière substantielle la notion d'Etat démocratique.

Apparaît alors une tension remarquable qui oppose, puis réconcilie, les deux composantes de l'ordre public, et en conséquence, les deux composantes de l'Etat démocratique, la première exprimant pour l'essentiel le respect des droits et libertés, la seconde le respect de l'intérêt général et des droits d'autrui.

Cette même tension est inhérente à l'économie générale de la Convention européenne de sauvegarde, comme on vient de le voir.

D'une part, la première composante de l'Etat démocratique implique l'affirmation, au titre des principes, des droits et libertés reconnus dans l'espace européen.

D'autre part, la seconde composante de l'Etat démocratique se manifeste dans le système dérogatoire aux droits et libertés, strictement modalisé par la Convention au nom de la défense de l'intérêt général et des droits d'autrui.

Et la même tension se réalise identiquement entre l'ordre public fondamental, incarné en partie dans les droits et libertés reconnus par la Convention, et l'ordre public essentiel, animant le régime dérogatoire.

Dans cette seconde partie, sont même présents les deux sens de l'ordre public déjà distingués : l'ordre public essentiel, première composante de l'ordre public général, et l'ordre public au sens du droit public et admistratif, qui intervient comme justification de certaines dérogations aux droits et libertés et qui est garant de l'intérêt général.

24.2. Cette synthèse est séduisante.

Elle ne doit pas pour autant nous faire perdre le sens des réalités.

De la reconnaissance et de l'organisation des droits et des libertés individuelles, qui devrait devenir universelle, ainsi que de l'affirmation des principes généraux de droit à la base de tout Etat démocratique digne de ce nom, il se déduit que ces droits, ces libertés et ces principes ont acquis une dimension inéluctable, sur laquelle l'on ne saurait revenir.

La composante fondamentale de l'ordre public n'est dès lors plus caractérisée par la variabilité et la contingence, mais au contraire par une certaine stabilité qui découle de l'imporatnce des principes qui s'expriment en son sein.

L'affirmation des principes suffit-elle pour autant ?

La conciliation du respect des drois et libertés individuelles avec le respect de l'intérêt général et des droits d'autrui, qui devrait résoudre idéalement la tension entre les deux composantes de l'ordre public, est-elle toujours possible en pratique ?

Il n'est pas sûr qu'il puisse être répondu par l'affirmative, sans nuances aucune, à cette question.

Ne constate-t-on pas en effet, lorsqu'on examine la Convention européenne de sauvegarde et la jurisprudence la concernant, que bien des difficultés d'application des dispositions de la Convention ne se situent plus tant sur le plan des principes

eux-mêmes, énonçant les droits et libertés, que sur le terrain des exceptions et des dérogations admissibles à ces principes (123) ?

La problématique est ainsi déplacée, de l'affirmation des principes de base, à la difficile et progressive élaboration du régime des exceptions à ces principes, dont l'ampleur doit demeurée mesurée au risque de fragiliser et de ruiner les principes.

Mais n'est-ce pas là également le sens qui doit marquer le progrès d'un système juridique, la définition des principes, lorsqu'elle commence à être acquise, étant relayée par la définition des exceptions admissibles à ces principes.

IV. — Conclusion : Proposition d'une définition générale de l'ordre public

25. — Au terme de cette étude, il est possible de proposer une nouvelle définition de la notion générale de l'ordre public.

25.10. Cette *définition* est la suivante.

L'*ordre public général* est l'ensemble des principes de base qui gouvernent l'ordre juridique général d'un Etat démocratique, principes qui peuvent être classés en deux catégories :

— les principes fondamentaux de cet Etat (*l'ordre public fondamental*), écrits et non écrits, qui tendent à la protection des droits et des libertés fondamentales des individus et à définir les garanties et les règles à l'origine de l'ordre politique et juridique des cet Etat, en ce compris les bonnes mœurs, principes auxquels il ne peut être dérogé ni par les particuliers, ni par l'Etat lui-même, sauf les restrictions et sous réserve des modifications légalement admissibles strictement organisées ;

— et les autres principes essentiels à cet Etat (*l'ordre public essentiel*), qui tendent à protéger l'intérêt général réalisé dans l'ordre public juridique, économique et social de

(123) Voy. à ce sujet J. Velu et R. Ergec, *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 196 ; voy. aussi les développements consacrés par ces auteurs à la jurisprudence des exceptions admissibles à chacun des droits et libertés reconnus par la Convention.

l'Etat, auxquels il ne peut être porté atteinte par les particuliers.

25.2. Cette définition substantielle est nécessairement imparfaite et ne vise qu'à compléter l'approche fonctionnelle de l'ordre public, qui insiste notamment sur la légalité de celui-ci.

Cette définition présente en tout cas l'avantage de mettre en évidence la composante fondamentale de l'ordre public, dont la variabilité ne peut en principe qu'être limitée et qui s'impose à l'Etat lui-même en tant qu'Etat de droit ou démocratique.

La variabilité de l'ordre public interne de cet Etat de droit, par rapport à son ordre public international et à l'ordre public international des autre Etats, devrait même tendre à diminuer, de sorte qu'idéalement l'ordre public international deviendrait commun à tous les Etats de droit et constituerait l'ordre public le plus intense au sein du droit positif de ces Etats.

Est-il encore possible dès lors d'écrire, comme le faisait Malaurie en utilisant une terminologie kantienne, qu'« En tant que noumène, l'ordre public est juridique, mais en tant que phénomène, il est contingence pure » (124) ?

Il est permis de douter, du moins de la seconde partie de cette proposition.

L'ordre public n'est pas que contingence pure. Il n'est pas que cet outil normatif purement instrumental, à contenu et à géométrie variable, notion simplement fonctionnelle et relative.

Il est au centre de l'ordre public une composante fondamentale, charte des droits et des libertés individuelles premières et des principes généraux de droit à la base de l'ordre juridique et politique de l'Etat de droit, qui constitue par définition la pierre angulaire de tout Etat démocratique.

(124) Cfr. *op.* et *loc. cit.*, spéc. n° 98, pp. 68 et 69. Sur base de cette proposition, notamment, MALAURIE suggère la courte définition suivante de l'ordre public : « (L'ordre public) est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité » (cfr. spéc. n° 99).

On touche là à l'essentiel, et à l'essentiel il ne peut être touché qu'avec la plus extrême prudence.

Avril 1993

Jean-François Romain,
Assistant à la Faculté de droit
de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocat

L'ORDRE PUBLIC DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

PAR

Michèle GRÉGOIRE

Chargé de cours,
Premier assistant
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocate

1. — *Deux caractéristiques distinguent, selon l'enseignement traditionnel, la disposition d'ordre public ou impérative, de celle qui ne présente pas cette qualité.* La première est qu'il est interdit de renoncer aux effets que produit une loi d'ordre public ou impérative — du moins jusqu'à un moment déterminé —, ou à la protection qu'elle assure. La seconde est qu'il serait permis contrairement au droit commun, d'invoquer la violation de ce type de norme, pour la première fois devant la Cour de cassation.

L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation constitue dès lors un angle d'analyse intéressant pour tenter de cerner la notion d'ordre public qui retient, cette année, l'attention du Centre de droit privé.

2. — *En France comme en Belgique, « la Cour de cassation est instituée seulement pour apprécier sous le rapport du droit les arrêts ou jugements rendus en dernier ressort par les cours et tribunaux »* (Cass. Fr., 23 novembre 1852, *D.*, 1852, 1, 324). Dès lors, décide la Cour de cassation de France, « on ne peut (...), devant elle, présenter des moyens nouveaux, mais seulement *apprécier la solution légale* qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges » (Cass. Fr., 23 novembre 1852, *D.*, 1852, 1, 324). Dès son arrêt du 25 janvier 1868 (*Pas.*, 1868, I, 140), la Cour de cassation belge énonce également la règle, qui deviendra classique, selon laquelle on ne peut invoquer en cassation la prétendue violation d'un article de loi sur l'application duquel le juge du fond n'a pas été appelé à se prononcer. Dans cet arrêt, la Cour déclare « qu'il n'appert pas des qualités de l'arrêt attaqué, ni de son texte, que les demandeurs aient invoqué devant les juges du fond (...) l'article 2279 (du Code civil), pour écarter l'action (en revendication) dirigée contre eux par la défenderesse ; d'où il suit qu'ils ne sont pas recevables à le prendre pour base d'une ouverture en cassation » (p. 147). C'est donc « la nature même de la mission de la Cour de cassation », expose M. le Procureur général Leclercq, qui « fait qu'un moyen qui est nouveau ne peut être reçu. La Cour est, en effet, instituée pour apprécier si la solution que

le juge du fond a donnée à la contestation jugée par lui est conforme à la loi ; il n'y a donc pas place pour l'intervention de la Cour, quand la contestation n'ayant pas été soumise au juge du fond, celui-ci ne l'a pas résolue » (*Pas.*, 1931, I, p. 271, note 1). Cette règle se justifie aisément : « la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction ; elle ne juge pas les litiges mais les décisions qui lui sont soumises » (VOULET, « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », *S.J.*, 1973, I, 2544, n° 1). En conséquence, « il ne serait ni juridique ni juste de reprocher au juge du fond d'avoir violé une loi que rien ne lui avait signalée ni indiquée comme applicable en la cause » (Cass. Fr., 12 décembre 1871, *D.*, 1872, 1, 316, rapport du conseiller RAU).

3. — Dès l'abord, on aperçoit bien *l'ambiguïté de la notion légale de « moyen »*, et, par extension, l'obscurité de celle de « moyen nouveau ».

Devant les juges du fond, on entend par « moyen », « la prétention d'une partie tendant à faire appliquer une règle de droit à une situation de fait » (VOULET, « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », *S.J.*, 1973, n° 2544, n° 5) ou encore « les éléments de fait qui servent de fondement à la demande » (VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978 et 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, p. 32 ; Cass., 24 novembre 1978, *Arr.*, 1978-1979, p. 341), ou, enfin, l'invocation de ce que la situation de fait d'une partie entre dans les prévisions abstraites du droit objectif pour la reconnaissance d'un droit subjectif.

Devant la Cour de cassation, en revanche, le moyen n'est autre que l'argumentation juridique du demandeur tendant à établir qu'au moins sur un point les juges du fond ont violé un texte de loi ; il s'agit de la critique d'une décision judiciaire (VOULET, « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation », *S.J.*, 1973, n° 2544, n° 5) et non une réclamation concrète habillée en droit.

A proprement parler, dès lors, il pourrait être soutenu que tous les moyens présentés devant la Cour Suprême sont, par définition, nouveaux puisqu'ils poursuivent l'anéantissement

d'une décision judiciaire en dernier ressort, ce que les parties n'ont pu faire devant les juges du fond avant même qu'elle soit rendue.

Cette ambiguïté peut être dépassée aisément ; il suffit de remplacer une convention sémantique par une autre. Considérons que l'affirmation qu'est non recevable le moyen nouveau devant la Cour de cassation, reviendrait à dire — pour autant que cette affirmation soit vérifiée — qu'est non recevable devant la Cour de cassation le moyen invoquant à l'appui d'un pourvoi, la violation d'une disposition légale non intégrée aux débats de fond, et que c'est en ce sens que doit être compris le concept de nouveauté.

4. — De manière constante, la Cour de cassation a confirmé la jurisprudence adoptée en 1868 sur la *non recevabilité du moyen nouveau*, s'interdisant par là d'examiner les griefs pris devant elle de la violation de règles légales relatives, par exemple, au consentement contractuel (Cass., 10 novembre 1932, *Pas.*, 1932, I, 303, note P.L.), à la compétence d'un magistrat *rationae summae* (Cass., 24 septembre 1953, *Pas.*, 1954, p. 36, avec les conclusions de M. le Procureur général MAHAUX, alors Avocat général), à l'accomplissement d'une condition suspensive (Cass., 5 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, 967), à la priorité de l'exécution en nature sur l'exécution par équivalent d'une convention (Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 708), aux réparations autres que locatives dans un contrat de bail (Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 39), à la responsabilité du propriétaire d'un immeuble en ruine (Cass., 23 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 241), au contrat de travail d'ouvrier (Cass., 12 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 504 ; Cass., 27 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1304), au contrat de travail en général (Cass., 6 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 383), à la débition d'intérêts moratoires (Cass., 22 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1152), aux intérêts légaux et judiciaires dus sur une indemnité de congé et d'éviction (Cass., 12 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 38), etc.

Il s'agit donc d'une jurisprudence à large spectre et bien installée.

5. — Très rapidement, toutefois, *la faveur faite au grief déduit de la violation d'une règle d'ordre public* est venue nuan-

cer la position adoptée par la Cour de cassation en matière de non recevabilité du moyen nouveau. Dans son arrêt du 29 octobre 1931 (*Pas.*, 1931, I, 271), la Cour de cassation rejette la fin de non-recevoir opposée à un moyen aux motifs que ce dernier « qui accuse la méconnaissance des règles limitant la capacité civile des administrations communales est d'ordre public ; (...) que le juge (dès lors) est saisi de plein droit de la capacité de traiter des administrations communales ; (...) qu'il s'ensuit que l'exception de nouveauté du moyen tiré de leur incapacité ne peut être formulée quand ce moyen est articulé devant la Cour de cassation ; (...) que l'exception proposée ne peut donc être accueillie » (*Pas.*, 1931, I, 272).

Inversement, par l'arrêt du 10 novembre 1932, la Cour de cassation, après avoir relevé que « rien n'établit que le moyen invoqué ait été soumis au juge du fond », a pris soin de vérifier s'il participait de l'ordre public et concluant qu'il n'en était rien, décide que « par suite, il est nouveau et comme tel non recevable » (*Pas.*, 1933, I, 304). La note de M. le Procureur général Leclercq explique cette réserve : quand la matière est d'ordre public, écrit-il, « le juge doit, d'office, soulever toutes les contestations que l'ordre public exige ; aussi ne seront pas nouveaux les moyens déduits de ce qu'une règle, imposée par l'ordre public, est violée, alors même que la contestation n'a pas été élevée devant le juge du fond » (*Pas.*, 1932, I, p. 303, note 1). Dans ce cas, ajoutera par la suite M. le Procureur général Mahaux, alors Avocat général, dans ses conclusions précédant un arrêt du 24 septembre 1953 (*Pas.*, 1954, I, 37, spéc. p. 38), « le juge est saisi par la loi », du moyen.

L'examen des arrêts de la Cour de cassation déclarant des moyens non recevables comme nouveaux montre que systématiquement, mention a été faite dans les décisions, de la non appartenance à l'ordre public de la disposition prétendument violée (voir notamment Cass., 5 mai 1955 ; Cass., 13 mars 1975 ; Cass., 11 septembre 1980 ; Cass., 23 octobre 1980 ; Cass., 12 janvier 1981 ; Cass., 22 mai 1986 précités ; Cass., 19 mars 1990, *Pas.*, 1990, I, 833, sommaire).

Récemment, ont été déclarés recevables les moyens nouveaux pris de la violation d'une règle d'ordre public telle que

celle dont résulte la nullité d'une décision rendue par un siège comprenant notamment le père d'un avocat d'une des parties (Cass., 18 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, 743), ou encore les dispositions de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (Cass., 24 janvier 1985, *Pas.*, 1985, I, 606).

6. — *Qu'en est-il des dispositions légales impératives ?*

On sait qu'en droit belge, une distinction classique est opérée entre les règles d'ordre public proprement dites et les règles impératives.

Reprenant la définition proposée par De Page, la Cour de cassation a admis par son arrêt du 9 décembre 1948 (*Pas.*, 1948, I, 699) qu'est « d'ordre public proprement dit la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société ».

Dans un arrêt du 6 décembre 1956 (*Pas.*, 1957, I, 361, avec les conclusions de M. le Procureur général Hayoit de Termicourt), la Cour de cassation a consacré la notion de disposition impérative, conçue comme un obstacle à toute convention contraire et protégeant non pas un intérêt public, mais simplement privé, avec ces conséquences que la nullité entachant la convention contraire est relative et non absolue, qu'il ne peut être renoncé au bénéfice de la loi qu'une fois garantie la protection de l'intérêt concerné et enfin que la confirmation de l'acte nul n'est pas exclue pour autant qu'elle soit faite en pleine connaissance du vice qui l'entache. Avec M^r^ Meeùs, on s'accorde actuellement à définir les lois impératives comme « celles auxquelles il est interdit de déroger, mais qui ne sont pas d'ordre public parce qu'elles protègent principalement des intérêts privés et qui, dès lors, n'entraînent que la nullité relative des clauses ou des actes qui y dérogent, sans exclure une renonciation ou une confirmation dans les conditions fixées par le droit commun et, en outre, par chaque loi particulière » (Meeùs « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 495 et suivantes, spéc. p. 527, n° 29).

Sont ainsi impératives et non d'ordre public proprement dit,

— les dispositions des lois spéciales organisant le blocage des loyers et restreignant la possibilité de les accroître (Cass., 28 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 131 ; Cass., 10 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 309 ; *R.W.*, 1979-1980, col. 1479 et note VAN OEVELEN),

— les dispositions de la loi sur les baux commerciaux et sur les baux à ferme lorsqu'elles ont pour objet de protéger le preneur ou le bailleur (Cass., 6 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 689 ; Cass., 18 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, 827 et les notes ; Cass., 27 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 987 ; Cass., 27 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 1049),

— les dispositions destinées à protéger le travailleur dans le cadre des contrats de travail (Cass., 8 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 156 ; Cass., 22 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, 1072, note ; Cass., 11 février 1980, *Pas.*, 1980, I, 672 ; *R.W.*, 1979-1980, col. 2037 avec les conclusions de M. le Procureur général LENAERTS, alors Avocat général),

— les dispositions de la loi du 9 juillet 1971, dite loi Breyne, réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction (Cass., 27 février 1980, *Pas.*, 1980, I, 782, note ; Cass., 24 février 1983, *J.T.*, 1983, p. 575),

— et enfin, les dispositions assurant la protection du concessionnaire exclusif de vente (Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1260, avec les conclusions de M.^{r} le Procureur général KRINGS).

Pour distinguer les deux types de normes, il faut, comme l'écrit M. Van Ommeslaghe, « vérifier si les textes en cause sont destinés à réglementer les relations individuelles qui résultent d'un contrat ou au contraire si elles s'insèrent dans une politique économique ou sociale intéressant la généralité des citoyens ou certaines catégories d'entre eux, ou encore une classe sociale toute entière » (VAN OMMESLAGHE, « Ex. Jur. Les obligations », *R.C.J.B.* 1988, pp. 95-96, voy. également note W.G. sous Cass., 25 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, 1028), tout en gardant à l'esprit la circonstance mise en évidence par M^{r} Meeùs, que des considérations générales peuvent inspirer

également mais, dans une moindre mesure, les dispositions impératives (Meeùs, *op. cit.*, *ibidem*).

Différentes dans leur inspiration, les dispositions d'ordre public et impératives le sont également dans les moyens mis en œuvre pour atteindre leurs buts.

Tout citoyen, en tant que tel, est investi, parfois malgré lui, d'une parcelle de l'ordre public et peut s'en faire le gardien, pour autant en matière civile qu'il y ait intérêt, par le biais d'une action en annulation d'un acte qui y serait contraire. Tout individu se trouve contraint d'assumer les conséquences des droits subjectifs que l'ordre public lui attribue d'autorité en considération de l'intérêt du corps social et non du sien propre, sans pouvoir y renoncer jamais, fût-ce à la faveur de la confirmation d'un acte nul.

En revanche, seule la personne agissant non en tant qu'individu, mais en une qualité spéciale déterminée, telle que celle de travailleur, est armée pour imposer le respect de la loi impérative, en raison de sa qualité et aussi longtemps qu'elle la possède.

A travers l'exercice de ses droits subjectifs par une personne déterminée en sa qualité spéciale, c'est la totalité d'une classe, d'une catégorie de personnes, dans le cas des lois impératives, qui s'expriment. Ainsi, par exemple, les conventions dérogatoires aux règles régissant le congé dans le contrat de travail sont entachées de nullité relative car ces règles sont impératives. En sa qualité d'employé, un individu se voit reconnaître des droits subjectifs dont il n'a pas personnellement la maîtrise parce que ces droits sont ceux de sa classe. Il ne peut y renoncer, les abdiquer, les céder, les amoindrir car la protection générale passe par la convergence des protections individuelles. Les droits n'appartiennent à l'individu qu'en raison de son intégration dans cette classe. Lorsque le congé est donné, la qualité disparaît et face à l'employeur, l'ex-employé n'est plus qu'un créancier, catégorie, jusqu'à présent, abandonnée par la loi, à l'autonomie des volontés. Ainsi disqualifié, l'individu retrouve la totale maîtrise de ses droits, en l'occurrence, pécuniaires. Dès lors, de la même manière qu'il lui est loisible, avec le montant de son indemnité de préavis, de procéder à

tout acte de disposition de son choix, l'employé licencié peut en négocier le montant avec son ex-employeur.

7. — *Quelles conséquences* produit, une fois fixée de la sorte, la distinction entre les dispositions d'ordre public et simplement impératives, *sur la question de la recevabilité des moyens invoqués à l'appui d'un pourvoi en cassation* ?

Une controverse est apparue en doctrine.

Selon M. Van Ommeslague, à l'instar de la nullité relative, la violation d'une règle impérative ne pourrait être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 100, n° 38).

Pour M^r^ Foriers, au contraire, un tel moyen de cassation serait recevable (FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, pp. 151 et suivantes).

C'est, en réalité, depuis un arrêt du 2 mai 1946 (*Pas.*, 1946, I, 168 ; *J.T.*, 1946, p. 552), que la Cour de cassation décide que le moyen pris de la violation d'une disposition impérative (en l'espèce, relative à la prorogation des baux à ferme) peut être produit pour la première fois devant la Cour de cassation. La Cour y accueille un moyen fondé sur cette disposition après avoir déclaré nul l'acquiescement, soulevé par la fin de non-recevoir, donné au jugement attaqué par le demandeur en cassation. Sous cette forme positive, un arrêt récent de la Cour, prononcé le 17 mars 1986 (*Pas.*, 1986, I, 895 ; *Arr.*, 1985-1986, 986 ; *R.C.J.B.*, 1988, pp. 495 et suivantes, note MEEÙS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge ») estime qu'est recevable le moyen nouveau « fondé sur les articles 20, § 1^er^ et 39, § 1^er^ de la loi relative aux contrats de travail, dispositions qui sont impératives en faveur du travailleur ».

Dans sa forme négative, c'est-à-dire pour accueillir ou élever d'office une exception d'irrecevabilité au moyen, la Cour de cassation a constamment assimilé, de ce point de vue, les dispositions impératives à celles relevant de l'ordre public au sein de la formule classique selon laquelle est irrecevable le moyen nouveau ne se fondant pas sur des dispositions d'ordre public ou impératives (voir notamment Cass., 24 septembre 1953,

Pas., 1954, I, 36, avec conclusions MAHAUX ; Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 708 ; Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 39, spéc. p. 42 ; Cass., 22 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1152). La raison en est, comme l'expose M. Mahaux, que « Le juge est saisi par la loi lorsque le moyen est d'ordre public ou lorsqu'il est pris de la violation des dispositions légales qui, sans être d'ordre public, n'en sont pas moins impératives (...). Dans l'un et l'autre cas, le juge est tenu d'y statuer d'office soit explicitement soit implicitement. Il s'ensuit que, bien qu'il n'ait pas été soumis par une partie au juge du fond, un moyen peut être soulevé en instance de cassation s'il est d'ordre public ou s'il concerne des prescriptions légales impératives, du moment où les conditions de fait, nécessaires à son application, ont été constatées par le juge du fond ou résultent des autres éléments de la cause auxquels la Cour peut avoir égard » (*Pas.*, 1954, I, 38).

8. — Faut-il conclure des considérations qui précèdent que la violation des *dispositions supplétives ne puisse jamais être invoquée* pour la première fois devant la Cour de cassation ?

L'examen de la jurisprudence démontre que la réponse à cette question est négative et que ce type de violation n'échappe pas nécessairement à la censure de la Cour suprême.

Dans quelles conditions ?

En premier lieu, il est admis qu'une partie est recevable à invoquer à l'appui d'un pourvoi un moyen relatif à l'application d'une disposition légale réclamée au fond par la partie adverse (note Cornil à la *Pas.*, 1942, I, 256 ; MAHAUX, concl. avant Cass., 24 septembre 1953, *Pas.*, 1953, I, 38).

En deuxième lieu, il est admis également traditionnellement que « n'est pas nouveau le moyen, invoqué à l'appui d'un pourvoi, déduit de la violation d'une disposition légale dont les juges, d'après les motifs de leur décision, ont fait application » (Cass., 19 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, 576 ; voy. également Cass., 2 janvier 1868, *Pas.*, 1868, I, 130 ; Cass., 19 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, 882 ; Cass., 17 mars 1971, *Pas.*, 1971, I, 661 ; Cass., 20 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, 592 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 87 ; Cass., 25 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 214). Tel est le moyen que l'on qualifie parfois de « pur droit »

(voir notamment : les conclusions de M. le Procureur général Dumon, alors Avocat général, avant Cass., 19 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, 576).

Bien plus, en troisième lieu, la Cour de cassation estime que le moyen invoquant la violation d'une disposition supplétive peut être reçu, même lorsque le juge n'en a pas été saisi par l'une ou l'autre partie et n'a pas révélé dans ses motifs qu'il s'en était saisi d'office, mais était *tenu* de le faire pour prendre sa décision (Cass., 1er avril 1974, *Pas.*, 1974, I, 786 ; Cass., 20 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, 592 ; Cass., 14 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 47).

9. — On l'aperçoit, la notion de « moyen de pur droit » est intimement *liée aux pouvoirs du juge dans le procès civil* et à la portée de l'adage « Jura novit curia », dès lors que constitue un tel moyen, le grief réclamant l'observation d'une disposition légale dont le juge a fait application ou a dû faire application d'office pour statuer sur la demande.

Cet adage se traduit, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, par la règle selon laquelle le juge peut suppléer d'office aux motifs proposés par les parties lorsqu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation (autrement dit pour autant qu'il se soumette au principe général de droit du respect des droits de la défense) et lorsqu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande (Cass., 22 décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 427 ; Cass., 3 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, 1010 ; Cass., 16 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 208 ; Cass., 20 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, 592 ; Cass., 21 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, 792), en d'autres termes, lorsqu'il ne méconnaît pas le principe dispositif en vertu duquel les parties sont maîtresses de la matière en litige.

Ajoutons que confronté à la carence des parties, le juge dispose non seulement d'un pouvoir de suppléance, mais se trouve contraint à un véritable devoir de pallier la défection des moyens manquant au soutien de la demande (Krings, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, pp. 513 et suivantes, spéc. p. 517 n° 18, p. 518, nos 27 et 28, p. 519, n° 32), en appliquant le droit aux faits, même si les parties n'ont pas ou mal indiqué, sans qu'il puisse leur en être fait grief, les dispositions légales dont elles demandent l'appli-

cation (voir également VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978 et Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.* 1982, p. 29).

10. — Il résulte de ces considérations que la violation d'une disposition légale étrangère à l'ordre public ou au droit impératif peut être invoquée devant la Cour de cassation, même si ni l'une ni l'autre des parties ne l'avaient fait précédemment au fond, et pour autant que, même s'il n'a pas expressément déclaré en faire application, le juge y ait été contraint pour pallier la carence des parties, c'est-à-dire en définitive, dans tous les cas de figure, dès lors que la suppléance de motifs constitue, pour le juge, un devoir légal.

Comme le montre clairement la synthèse faite que M. le Procureur général Dumon sur la notion de moyen nouveau, est recevable le moyen

— qui se fonde sur des dispositions légales qui sont d'ordre public ou qui, sans concerner celui-ci, sont néanmoins impératives,

— qui invoque la violation de dispositions légales dont la décision attaquée a fait application ou constitue la réfutation de la raison donnée par la décision attaquée à l'appui de cette application,

— qui a été invoqué devant le juge du fond par toute partie quelconque et donc pas seulement par le demandeur lui-même,

— qui invoque la violation d'une disposition légale ou d'un principe général de droit, *d'ordre public ou impératif ou non*, dont le juge, ayant rendu la décision entreprise, aurait pu ou même dû faire application en raison de la contestation ou du problème qui lui était soumis (DUMON, « Quo vadimus ? » ; *J.T.*, 1980, p. 529),

quelle devrait-être alors la portée du moyen échappant à ces quatres catégories ? On ne l'aperçoit guère. Est-il justifié dès lors de maintenir, de ce point de vue, la distinction classique entre les dispositions d'ordre public ou impératives, d'une part, et les dispositions supplétives, d'autre part ?

11. — Pourtant, — nous l'avons vu — de nombreux moyens ont été déclarés non recevables comme nouveaux par la Cour de cassation par les arrêts déjà cités.

A y regarder de plus près, toutefois, on constate que dans chacune des espèces où l'irrecevabilité a été décrétée, le moyen était, en définitive, selon l'expression poétique consacrée, *mélangé de fait et de droit* ; c'est là que gît la véritable raison de leur sort : l'examen de chacun d'eux aurait contraint la Cour de cassation à procéder à une vérification des éléments de fait nécessaires à son appréciation, ce pour quoi la Cour est sans pouvoir. La Cour de cassation aurait ainsi, à suivre les moyens, dû procéder à la constatation de l'existence d'un acte de violence viciant un consentement (Cass., 10 novembre 1932, *Pas.*, 1932, I, 303), d'une faute dans le chef du défendeur (Cass., 5 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, 967), à la vérification de l'impossibilité ou non d'exécuter une convention en nature (Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 709), à la recherche de l'existence éventuelle d'un contrat de bail (Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 39), ou des conditions de responsabilité du propriétaire d'un immeuble en ruine (Cass., 23 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 240), à la constatation de l'exercice de fonctions de contremaître (Cass., 12 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 504), à l'examen de la nature des liens, statutaires ou contractuels, entre un travailleur et l'Etat (Cass., 6 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 382), à vérifier si et à quelle date une sommation à restituer des sommes indûment perçues avait été envoyée (Cass., 22 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1152), ou encore si le fait juridique litigieux était un contrat de travail ou constitutif de la mise à disposition de main d'œuvre (Cass., 27 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1304), ou enfin les conditions de la débition d'intérêts (Cass., 12 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 38).

Dans le même ordre d'idées, la Cour a également décidé qu'est irrecevable le moyen, même d'ordre public, pris de ce que la décision attaquée se serait fondée sur une convention tombant sous l'application de l'article 85 du Traité instituant la Communauté économique européenne, alors que, même si tel était le cas, il serait nécessaire pour apprécier la validité de la convention, d'une part, de tenir compte de circonstances de fait qui ne sont pas précisées par l'arrêt et, d'autre part, d'in-

terpréter la convention elle-même, une telle appréciation, dans les deux cas, se fondant sur des éléments de fait dont l'examen ne relève pas de la compétence de la Cour (Cass., 30 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 591 ; voir également Cass., 1er juin 1990, *Pas.*, 1990, I, 1118). Dans un arrêt du 19 avril 1991, la Cour de cassation expose très clairement que « fût-il fondé sur une disposition légale ou conventionnelle ou sur un principe général du droit d'ordre public ou relevant du droit impératif, le moyen qui n'a été soumis à l'appréciation du juge du fond ni examiné d'office par celui-ci ne peut être invoqué devant la Cour que si les éléments de fait nécessaires à la décision apparaissent de la décision attaquée ou des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard ». La règle est réaffirmée par un arrêt du 14 juin 1991 (*Pas.*, 1991, I, 899) et conduit également à l'accueil de la fin de non-recevoir opposée à un moyen invoquant devant la Cour de cassation une cause de récusation déduite de ce qu'un conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles, assistant à l'U.L.B., avait néanmoins siégé dans un litige concernant cette université. L'examen de ce moyen, pourtant d'ordre public, aurait contraint la Cour de cassation à vérifier ce fait qui ne ressortait pas des constatations de l'arrêt, ce qui est de nature à justifier l'irrecevabilité (Cass., 29 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, 770).

Comme on le constate, s'ils sont mélangés de fait et de droit, les moyens fondés sur l'ordre public ou une disposition impérative ne sont pas davantage recevables que les moyens invoquant la violation d'une disposition supplétive ; il faut conclure que les uns comme les autres peuvent être invoqués pour la première fois devant la Cour de cassation, mais les uns comme les autres ne seront recevables que s'ils ne supposent pas la vérification impossible de faits restés hors du débat au fond.

12. — Nous pensons avoir éliminé ainsi l'un des prétendus *caractères* permettant de distinguer les dispositions supplétives des dispositions d'ordre public ou impératives ; il nous reste à en analyser un autre : l'interdiction absolue ou relative de *renoncer* à l'application de ces dernières.

Cette différence est incontestable, on l'a vu, car l'ordre public ou l'intérêt général porte réellement atteinte, dans cer-

taines conditions, à la libre disposition des droits subjectifs par leur titulaire. En outre, elle est de nature à influencer de manière importante l'exercice des droits en justice, car s'il n'est pas permis de renoncer à un droit subjectif dans un contexte pacifique, il ne l'est pas davantage dans le cadre d'une procédure.

C'est à ce niveau-là que resurgit, sur le plan de la recevabilité des moyens de cassation, la distinction fondamentale entre les deux grands types de dispositions légales.

Les moyens fondés sur l'application de dispositions supplétives ne seront recevables qu'à la condition que « le demandeur ne se soit pas déclaré d'accord implicitement ou explicitement (mais certainement) sur la décision en droit (...) prise par le juge du fond et qu'il croit pouvoir critiquer à nouveau devant la Cour de cassation. C'est la raison pour laquelle la Cour, dans plusieurs arrêts, a décidé que n'est pas recevable le moyen, étranger à l'ordre public, critiquant une décision de l'arrêt attaqué conforme à une décision du jugement dont appel que le demandeur en cassation n'a pas critiquée devant le juge d'appel » (DUMON, conclusions précédant Cass., 19 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, 579 ; « Quo vadimus », *J.T.*, 1980, p. 529, citant Cass., 3 décembre 1964, *Pas.*, 1965, I, 333 ; Cass., 24 février 1967, *Pas.*, 1967, I, 792 ; Cass., 15 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, 618).

Il en va de même lorsque le débat démontre que l'invocation d'une disposition supplétive a été exclue de la contestation des parties.

Le moyen de cassation prétendant revenir sur cette exclusion ou cette renonciation serait non recevable pour n'avoir pas été examiné par le juge du fond, lequel était d'ailleurs non seulement dispensé, mais bien plus privé de ce pouvoir par l'effet du principe dispositif ; or, la compétence de la Cour de cassation consiste à vérifier si le juge du fond a légalement statué dans les limites du litige déterminées par le principe dispositif.

La même solution s'impose s'agissant de dispositions impératives : leur application n'est exclue du débat que s'il appert, après vérification par le juge, que celle-ci a fait l'objet d'une renonciation, résultant d'actes, selon le droit commun, non

susceptibles d'une autre interprétation et, en outre, répondant aux éventuelles conditions spéciales de la loi impérative elle-même (Meeùs « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 525 et 526 ; DUMON, « Quo vadimus ? », *J.T.*, 1980, p. 529, note 101).

Le moyen de cassation invoquant la violation d'une telle disposition n'est irrecevable que s'il est constaté par le juge du fond ou s'il ressort des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard, qu'une renonciation est légalement intervenue.

Seul le moyen d'ordre public autorise le demandeur à abjurer devant la Cour de cassation, les éventuelles renonciation ou exclusion consenties par lui antérieurement, car un tel moyen, échappant à la maîtrise des parties, n'a cessé de hanter le débat au fond, même sans y être jamais exprimé.

13. — *En conclusion*, la notion de moyen nouveau, au demeurant ignorée de la loi (note Cornil sous Cass. 22 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I, 256), ambiguë et donc dangereuse, est impropre à fournir le critère de recevabilité du moyen invoqué devant la Cour de cassation.

Seules les règles regissant la compétence de la Cour suprême, consistant à vérifier si le juge du fond à légalement satué dans les limites du litige déterminées par le principe dispositif et à l'intérieur d'un cadre de faits souverainement et définitivement appréciés, permettent de tracer le départ entre le moyen recevable et celui qui ne l'est pas. Est irrecevable devant la Cour de cassation, le moyen dont l'examen obligerait la Haute juridiction à une investigation factuelle, quelle que soit la nature de la disposition légale dont la violation est invoquée (supplétive, impérative ou participant à l'ordre public). Est irrecevable également le moyen pris de la violation d'une disposition légale dont les parties avaient, au fond, valablement écarté l'application, étant entendu, d'une part, que l'ordre public constamment résiste, dans le domaine procédural comme dans tous les autres, au pouvoir de disposition des parties et, d'autre part, qu'il convient de porter l'attention sur les

conditions spéciales de renonciation attachées à chaque loi impérative.

Michèle Grégoire,
Chargé de cours
et premier assistant
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocat

L'ORDRE PUBLIC ET LE DROIT DES SOCIÉTÉS

PAR

Valérie SIMONART

Maître d'enseignement à l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocate

SOMMAIRE

I. — Introduction

1. Objet de la présente étude
2. Méthodologie et plan

II. — Le régime des nullités

A. *Généralités*

3. Rappel du droit commun
4. Absence d'indication du Code civil et des lois coordonnées
5. Caractéristiques

B. *Enumération limitative des causes de nullité*

6. Principe
7. Exceptions
8. Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue

C. *Ouverture de l'action à tout intéressé*

9. Principe
10. Intérêt personnel et légitime
11. Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue

D. *Intervention nécessaire du juge*

12. Principe
13. Exception
14. Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue

E. *Régime de la prescription*

15. Principe
16. Exception : courte prescription
17. Maxime *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*
18. Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue

F. *Absence d'effet rétroactif de la nullité*

19. Principe
20. Exceptions
21. Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue

G. *Effet* erga omnes *de la nullité*

22. Principe
23. Tempérament
24. Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue

H. *Possibilité de régulariser le vice*

25. Notion
26. Distinction de la confirmation
27. Distinction de la prescription
28. Champ d'application
29. Conditions
30. Actes régularisables
31. Modalités de la régularisation
32. Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue
33. Autres solutions

I. *Glissement vers l'action en responsabilité*

34. Droit commun
35. Importance accrue des actions en responsabilité

J. *Domaine du régime spécial des nullités en droit des sociétés*

36. Actes visés
37. Actes exclus
38. Intérêt

III. — Les divers degrés de l'ordre public en droit des sociétés

39. Critère de la distinction proposée
40. Intérêt de la distinction proposée
41. Mise en oeuvre de la distinction proposée

IV. — Conclusion

42. Rejet de la distinction entre causes de nullité relative et absolue
43. Gradations de l'ordre public

I. — Introduction

1. — *Objet de la présente étude* (*). En droit commun, la doctrine et la jurisprudence opèrent traditionnellement une distinction entre les lois impératives et d'ordre public, les premières étant sanctionnées par la nullité relative et les secondes par la nullité absolue.

(*) Le texte est tiré d'une conférence donnée le 14 octobre 1993 ; cette étude a fait l'objet d'une publication préalable à la *R.D.C.*, 1994, pp. 96 et s.

Cette distinction est également classique en droit des sociétés (1) (2).

La présente étude a pour objet de démontrer qu'elle est devenue inappropriée dans ce domaine (3) (4).

(1) En faveur de la distinction entre les dispositions impératives et d'ordre public d'une part, et les causes de nullité relative et absolue d'autre part en droit des sociétés, v. p. ex. Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, dans le cadre de l'organisation transparente du marché, des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1990-1991, Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M^me^ Merckx-Van Goey, n° 1645-2, p. 15 ; Bruxelles 1^er^ mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 232, spécial. p. 236 ; J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. I^er^, 1^re^ éd., Bruylant, 1954, n° 720 ; J. Ronse, *Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1966, p. 15, pp. 17-18, p. 29 ; Y. Schoentjes-Merchiers, « La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit », note sous Bruxelles 13 janvier 1971, *R.C.J.B.*, 1973, p. 275, n° 6, p. 288, n° 22, p. 285, n° 25 ; L. Simont, « Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation », in *Les sociétés commerciales*, Editions du Jeune Barreau, 1985, p. 115 ; Van Der Haegen et Verbraeken, « Les sociétés commerciales — Commentaires des lois des 5 décembre 1984, 15 juillet 1985 et 25 juillet 1985 », *J.T.*, 1985, p. 561, n° 62 ; J.-M. Nelissen-Grade, « De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales », note sous Cass. 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 246, n° 54 ; Van Der Haegen et Gollier, « Les sociétés commerciales — Loi du 18 juillet 1991 », *J.T.*, 1992, p. 188, n° 8.

(2) Voir également en droit français, Cass. fr. (Civ.) 4 juin 1946, *J.C.P.*, 1947, II, 3518, note Bastian ; Houpin et Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. I^er^, 7^e^ éd., Paris, 1935, n^os^ 75, 79, 86, 784 ; J. et E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, Recueil Sirey, 1950, t. I^er^, n^os^ 153 et 158 et s., t. II, n^os^ 735 et s. ; G. Ripert, *Traité de droit commercial*, t. I^er^, 14^e^ éd., par R. Roblot, L.G.D.J., 1991, n^os^ 755 et 1222 ; E. Le Gall, V° *Nullités*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n^os^ 45 et s. (admet toutefois le caractère moins tranché de cette distinction en droit privé) ; J.-P. Legros, « La nullité de décisions de sociétés », *Rev. soc.*, 1991, p. 289, n° 35 et p. 317, n° 77 ; M. Germain, « De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966 », *Bull. Joly*, 1992, p. 493, n° 5 ; voir également Cass. fr. (Com.) 17 janvier 1989 (« est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime l'action tendant à faire déclarer la nullité d'un acte ou d'une délibération d'une société commerciale affecté d'un vice de portée générale, tandis que la nullité ayant pour objet la protection d'intérêts particuliers ne peut être invoquée que par la personne ou le groupe de personnes dont la loi assure la protection »), *Bull. civ.*, IV, n° 29, p. 18, *Bull. Joly*, 1989, p. 247, obs. Le Cannu, *J.C.P.*, 1989, II, 15517, obs. Viandier et Caussain, *Rev. dr. banc.*, 1989, p. 135, obs. Jeantin et Viandier.

(3) Pour cette observation, T. Tilquin, *Traité des fusions et scissions*, Kluwer, 1993, n^os^ 563 et 581 et s. ; T. Tilquin, « La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne — Evolutions récentes », *R.D.C.*, 1993, p. 115, n° 16.

(4) Voir également en droit français : Hemard, Terre et Mabilat, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1978, t. III, n° 684 ; D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préface de J.-M. Bischoff, Sirey, 1970, n° 171 et p. 125 note 3 ; Ch. Hannoun, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. soc.*, 1991, p. 48, n° 5 ; Ch. Hannoun, « L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions) », *Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 228 et s., spécial. p. 229, n° 2 ; Grillet-Ponton, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc.*, 1984, p. 267, n° 12, qui observe une gradation dans l'ordre public sui-

En particulier, elle ne correspond pas au régime spécifique des nullités qui existe en droit des sociétés, et elle ne permet pas d'expliquer les règles relatives à la renonciation à ses droits par un associé ou actionnaire, qui sont au cœur du débat sur la « contractualisation » des structures liées au capital ou à la gestion (5).

2. — *Méthodologie et plan.* En droit des sociétés comme en droit commun, l'ordre public se manifeste généralement de manière négative, par les nullités que commande sa méconnaissance (6).

A cet égard, si la distinction entre les lois impératives sanctionnées par les causes de nullité relative et les lois d'ordre public sanctionnées par les causes de nullité absolue entraîne des conséquences fort importantes en droit commun, le régime des nullités est largement uniforme en droit des sociétés, quel que soit le caractère que revêt la règle méconnue, ce qui limite assurément l'intérêt de l'opposition traditionnelle dans ce domaine (*infra*, II).

Il convient toutefois de se demander si l'existence d'intérêts intermédiaires entre ceux de chaque associé ou actionnaire et ceux du public en général n'invite pas à reconnaître l'existence de plusieurs degrés à l'ordre public en droit des sociétés, en recherchant les critères éventuels de différenciation et en examinant les conséquences d'une telle gradation (*infra*, III).

II. — Le régime des nullités

A. — *Généralités*

3. — *Rappel du droit commun.* En droit civil, considéré comme le droit commun, la doctrine et la jurisprudence opposent traditionnellement aux lois supplétives, qui ne s'appliquent que dans le silence des parties, les lois impératives et

vant qu'il concerne le fonctionnement de l'institution sociétaire ou la protection des personnes qui y participent.

(5) Voir sur ce point Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 112, n° 14-ii et pp. 723 et s.

(6) Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, préface de A. Weill, L.G.D.J., 1969, n° 326, p. 398.

d'ordre public, qui limitent le principe de l'autonomie de volonté (7) (8).

Les règles impératives protègent des intérêts simplement privés, tandis que celles d'ordre public « *touchent aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou fixent dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou social de la société* » (9).

Les conséquences attachées aux dispositions impératives et aux causes de nullité relative d'une part, aux dispositions d'ordre public et aux causes de nullité absolue d'autre part, sont bien connues.

Il est possible de déroger à une disposition impérative lorsque les motifs qui justifiaient la protection légale ont disparu ; seule la partie protégée peut intenter une action en nullité relative ou confirmer un acte affecté d'une nullité relative ; les actions en nullité relative se prescrivent par dix ans. A l'inverse, aucune des parties ne peut renoncer à aucun moment à se prévaloir de dispositions d'ordre public ; les causes de nullité absolue peuvent être soulevées par toute partie intéressée et même d'office par le juge ; la nullité absolue ne peut faire

(7) Voir, pour la distinction voisine en droit français entre les règles d'intérêt particulier sanctionnées par la nullité relative et les règles d'intérêt public sanctionnées par la nullité absolue, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations — Le contrat*, 2e éd., L.G.D.J., 1988, nos 742 et s. ; PONSARD et BLONDEL, V° *Nullité*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, nos 41 et s. ; il convient toutefois d'être attentif aux différences de terminologie, la notion française d'ordre public recouvrant à la fois les lois impératives (« ordre public de protection ») et les lois d'ordre public au sens strict (« ordre public de direction »).

(8) DE PAGE ajoute encore parmi cette classification les lois dispositives, définies comme celles qui règlent des situations où la volonté ne joue aucun rôle (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. Ier, 3e éd., Bruylant, 1962, n° 175 C ; voir également VAN OMMESLAGHE et DIEUX, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1993, p. 654, n° 69 et la note 27. Cette notion est empruntée à COLIN et CAPITANT, mais ces auteurs considéraient comme lois dispositives les lois supplétives non fondées sur la volonté probable des parties (COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. Ier, Dalloz, 1953, n° 23). Elle présente en outre un intérêt limité dans la mesure où il est admis que les lois dispositives puissent relever de l'ordre public (DE PAGE, t. Ier, n° 175 C), ce qui va d'ailleurs directement à l'encontre de l'idée exprimée par COLIN et CAPITANT.

(9) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. Ier, 3e éd., Bruylant, 1962, n° 91, p. 111 ; Cass. 9 décembre 1948, *Pas.*, 1949, I, 699 ; Cass. 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 886 ; voir les multiples définitions de l'ordre public figurant en appendice à l'ouvrage de Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Reims, Editions Matot-Braine, 1953, pp. 261 et s.

l'objet d'une confirmation ; les actions en nullité absolue se prescrivent par trente ans (10).

Sous réserve de la possibilité d'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation la violation d'une disposition simplement impérative (11), et de l'application immédiate de la loi nouvelle simplement impérative aux contrats en cours (12), ces principes ne font pour l'essentiel guère l'objet

(10) Sur ces principes, voir H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3e éd., 1964, Bruylant, nos 780 et 789 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 463 et s., nos 26 et s., 1986, pp. 95 et s., nos 37 et s., 1988, p. 33, n° 144 ; P.-A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 151, n° 2 ; X. DIEUX, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, pp. 259 et s., nos 4 et s. ; A. MEEÙS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 498 et s. ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in *Les nullités en droit belge — Sanction du vice et conséquences*, Editions du Jeune Barreau de Liège, pp. 76 et s. ; E. VIEUJEAN, « Conclusion », in *Les nullités en droit belge — Sanction du vice et conséquences*, Editions du Jeune Barreau de Liège, pp. 591 et s. ; J. SCHAMP et M. VAN DEN ABBEELE, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et droit transitoire », *J.T.*, 1992, pp. 586 et s.

(11) En faveur d'une telle possibilité, Cass. 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 708 ; Cass. 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 39 ; Cass. 23 octobre 1981, *Pas.*, 1980, I, 240 ; Cass. 12 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 504 ; voir surtout Cass. 17 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, 895, *R.C.J.B.*, 1988, p. 495 et note MEEÙS précitée (obligation de soulever d'office la méconnaissance d'une loi impérative sous réserve de l'obligation préalable de vérifier s'il n'y a pas eu renonciation au bénéfice de cette loi) ; FORIERS, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, p. 152, n° 2 ; voir cependant en sens contraire DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, p. 271, n° 8 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 100, n° 38.

(12) En faveur de l'application immédiate de la loi nouvelle simplement impérative aux contrats en cours, DE PAGE, t. Ier, 3e éd., n° 231*quinquies* ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Anvers, Standaard Uitgeverij, 1975, n° 25, p. 72 ; RONSE, *De vennootschapswetgeving* 1973, n° 435 ; BRAECKMANS, « Aspecten van overgangsrecht in de nieuwe vennootschapswet van 5 december 1984 », *R.W.*, 1984-1985, p. 2727, n° 27 ; E. DIRIX, « De bezwarende bedingen in de W.P.H. », *R.W.*, 1991-1992, p. 571, n° 33 ; BRAECKMANS, « Aspecten van overgangsrecht in de nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991 », *R.W.*, 1991-1992, p. 1410, n° 5 et p. 1412, n° 13 ; Cass. 12 février 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 20 ; voir cependant en sens contraire GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 1992, n° 382, p. 342 ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, pp. 415 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruylant, 1983, p. 21, n° 20 ; E. CEREXHE, *Principes généraux et fondements du droit*, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 351 ; P. JADOUL et J. SAMBON, *La nouvelle réglementation des baux à loyer*, Bruylant, 1991, p. 148 note 132 ; Conclusions de M. le procureur général GANSHOFF VAN DER MEERSCH sous Cass. 22 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, 156 ; SCHAMP et VAN DEN ABEELE, *op. cit.*, *J.T.*, 1992, p. 589 ; GLANSDORFF et LEMAÎTRE, « L'application dans le temps de la nouvelle législation sur les sociétés commerciales : droit transitoire et adaptation des statuts », *D.A.O.R.*, 1992, n° 24, p. 16, n° 12.

de discussions (13), la principale difficulté consistant à déterminer à propos de chaque règle particulière si elle revêt un caractère supplétif, impératif ou d'ordre public (14).

4. — *Absence d'indication du Code civil et des lois coordonnées.* Ni les articles 1832 et suivants du Code civil ni les lois coordonnées sur les sociétés commerciales n'indiquent généralement le caractère des règles énoncées ou de la nullité qui résulte de leur violation (15).

La distinction traditionnelle qu'opère la doctrine en droit des sociétés entre les dispositions impératives et d'ordre public d'une part, et les causes de nullité relative et absolue d'autre part, ne repose donc pas sur le texte de la loi mais semble être héritée de réflexes empruntés au droit civil.

Or, la majeure partie des actes irréguliers en droit des sociétés sont sanctionnés d'une manière spécifique dérogatoire au droit commun, à un point tel qu'il est permis de considérer qu'il existe, à côté du droit commun, un régime spécial des nullités propre au droit des sociétés.

5. — *Caractéristiques.* Ce régime répond à un souci de stabilité juridique : il s'agit de restreindre la possibilité de demander la nullité des sociétés ou de certains de leurs actes car la mise à néant de ces actes et de leurs effets serait trop complexe et susceptible de nuire gravement aux intérêts et aux

(13) Voir cependant BASTIAEN et THOREAU, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 78, qui considèrent que certaines règles d'ordre public, parmi lesquelles ces auteurs rangent les règles concernant les incapacités, peuvent être sanctionnées par la nullité relative ; la reconnaissance d'un caractère d'ordre public aux incapacités, isolée en droit belge, procède manifestement d'un emprunt à la terminologie française (voir en particulier GHESTIN, *Le contrat*, n° 743), pourtant différente (*supra* note 7).

(14) BASTIAEN et THOREAU, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 56 ; voir par exemple, en matière de droit des sociétés, LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 289, n° 35 ; en matière de pratiques du commerce sur la loi du 14 juillet 1991, J.-L. FAGNART, « Concurrence et consommation : convergence ou divergence ? », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Editions du Jeune Barreau, 1991, p. 34, n° 27, qui relève que la difficulté de déterminer le caractère impératif ou d'ordre public des nullités édictées dans cette loi provient de l'amalgame qui y est fait entre le droit de la consommation, dont les règles sont impératives, et le droit de la concurrence, qui relève de l'ordre public économique.

(15) Pour cette observation, TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 582 ; voir également en droit français LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 316, n° 77.

droits des tiers (16). Corollairement, une fois que la nullité a été prononcée, il faut éviter qu'à son tour elle puisse être remise en cause.

Cette préoccupation est rencontrée par une série de règles qui s'écartent du droit commun : l'énumération limitative des causes de nullité (B), l'ouverture de l'action à tout intéressé (C), le régime particulier de la prescription (D), l'intervention nécessaire du juge (E), l'absence d'effet rétroactif de la nullité (F), la possibilité de régulariser le vice (G), l'effet *erga omnes* de la nullité (H).

La limitation de la possibilité de demander la nullité a pour corollaire un glissement vers le contentieux des actions en responsabilité (I).

Seuls un nombre limité d'actes, qui se situent à la lisière entre le droit des obligations et des sociétés, échappent à ces règles particulières et restent assujettis au droit commun (J).

De nombreuses études ont été consacrées au régime de la nullité en droit des sociétés (17) et il ne s'agit pas ici de les paraphraser ou d'élaborer une nouvelle théorie, d'autant plus qu'il existe un relatif accord sur les principes applicables.

(16) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 165 ; E. LE GALL, V° *Nullités*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 1 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 240, n° 17 ; pour cette observation à propos de la nullité des fusions et scissions, TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 562.

(17) Voir par exemple, parmi les études les plus récentes, A. BENOÎT-MOURY, « Nullités et droit des sociétés — développements récents », in *Les nullités en droit belge — Sanction du vice et conséquences*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1991, pp. 291 et s. ; K. GEENS, « De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap », *T.P.R.*, 1990, pp. 1631 et s. ; en droit français, qui s'écarte du droit belge sur plusieurs points en raison notamment de textes distincts en dépit de l'harmonisation réalisée par la première directive, voir E. LE GALL, V° *Nullités*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés ; NGUYEN XUAN CHANH, « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *D.* 1968 Chron. 27 ; J. LEBLOND, « Les actions en nullité en droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 1976, 1er sem., Doctr., p. 79 ; D. GRILLET-PONTON, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc.*, 1984, pp. 259 et s. ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, pp. 48 et s. ; J.-P. LEGROS, « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. soc.*, 1991, pp. 275 et s. ; M. GERMAIN, « De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévues par l'article 360 de la loi de 1966 », *Bull. Joly*, 1992, Chron., § 159, p. 49 ; Ch. HANNOUN, « L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions) », *Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 227 et s.

Il s'agit ici de montrer que l'uniformité de ce régime condamne la transposition en droit des sociétés de l'opposition entre les causes de nullité absolue et relative (18).

Il admet certes des dérogations, mais celles-ci s'expliquent par des considérations étrangères à cette division et ne peuvent davantage la justifier.

B. — *Enumération limitative des causes de nullité*

6. — *Principe.* Les lois coordonnées sur les sociétés commerciales énumèrent de manière limitative les causes de nullité applicables :

— aux sociétés par actions et aux sociétés privées à responsabilité limitée (art. 13*ter*, L.C. : absence de forme authentique de l'acte constitutif, absence d'indication dans l'acte au sujet de la dénomination, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit, illicéité ou contrariété à l'ordre public de l'objet social, absence de deux fondateurs valablement engagés) ainsi qu'aux sociétés coopératives (art. 144, al. 2, L.C. : absence de forme authentique de l'acte constitutif pour les sociétés coopératives à responsabilité limitée, absence d'indication dans l'acte au sujet de la forme, de la dénomination, du siège, de l'objet social, des associés, des apports et du montant de la part fixe du capital souscrit, illicéité ou contrariété à l'ordre public de l'objet social, absence de trois fondateurs valablement engagés) ;

— à la fusion et à la scission (art. 174/1, § 3, al. 1er, 174/17, § 3, al. 1er, 174/26, § 3, al. 1er et 174/45, § 3, al. 1er, L.C. : attribution aux associés ou actionnaires d'une soulte dépassant le cinquième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ; art. 174/16, § 1er, al. 1er, art. 174/19, § 1er, al. 1er et art. 174/44, § 1er, al. 1er : absence de constatation en la forme authentique de l'une des décisions des assem-

(18) SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, n° 171, p. 125 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 582 ; sur l'inadéquation du droit commun des nullités aux sociétés, voir déjà J. HEMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Librairie du Recueil Sirey, 1912, nos 398 et s.

blées qui ont approuvé la fusion ou la scission, annulation de l'une des décisions sur la base de l'article 190*bis*) (19) ;

— aux décisions des assemblées générales (art. 190*bis*, L.C. : violation des règles relatives au fonctionnement des assemblées générales ou délibération sur une question étrangère à l'ordre du jour avec une intention frauduleuse, exercice des droits de vote suspendus sur la base de la loi du 2 mars 1989 ou de la loi du 4 décembre 1990 si sans les droits de vote illégalement exercés le quorum ou la majorité requis n'auraient pas été atteints, violation de toute autre règle de forme de l'assemblée ayant eu une influence sur la décision prise, excès de pouvoir ou détournement de pouvoir, absence des rapports de l'organe de gestion ou du reviseur) (20). En principe, cette énumération limitative devrait mettre fin aux controverses relatives aux conséquences sur les délibérations des assemblées générales des irrégularités de forme (21). Les causes de nullité retenues sont toutefois fort nombreuses, et, en particulier, les

(19) Sur le caractère limitatif de cette énumération, TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 566.

(20) Sur le caractère limitatif de cette énumération, Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1989-1990, Exposé des Motifs, n° 1214/1, p. 33, Observations du Conseil d'Etat, n° 1214/1, p. 88 (le projet, n° 1214/1 a été frappé de caducité et remplacé par le projet, n° 490 mais il est permis de s'y référer car lui seul comporte un Exposé des Motifs) ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n^{os} 566 et 572.

(21) La doctrine et la jurisprudence traditionnelles opéraient une distinction entre les formes substantielles et les formes non substantielles, la méconnaissance des premières entraînant la nullité de plein droit des délibérations : Montpellier 23 octobre 1931, *D.P.*, 1933, 2, 141, et note PIC ; Comm. Bruxelles 7 février 1946, *R.P.S.*, 1947, p. 215 ; Comm. Bruxelles 20 novembre 1944, *R.P.S.*, 1947, p. 253 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n^{os} 1185 et s. ; VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I^{er}, n° 717-718 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 302, tandis que, devant la difficulté de déterminer quelles formes étaient substantielles et dans le souci de limiter les causes de nullité des décisions des assemblées générales, la position majoritaire était que les éventuelles irrégularités de forme qui l'affectent n'entraînent la nullité d'une décision que dans la mesure où elles ont influencé cette dernière en ce sens que sans elles elle eût été différente : Cass. 5 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, 300 ; Comm. Bruxelles 7 octobre 1960, *R.P.S.*, 1961, p. 241, note T'KINT ; Cass. 4 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 551 et note HEENEN, « L'inobservation des règles de forme prescrites pour les délibérations des organes d'une société ou d'une association », pp. 561 et s. ; FRÉDERICQ, t. V, n° 491 ; RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3e éd., par BENOÎT-MOURY et GREGOIRE, Swinnen, 1982, n° 1215 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n^{os} 307 et s. ; RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*, p. 16 et pp. 20-21 (réserve toutefois l'hypothèse de délibérations sur des questions étrangères à l'ordre du jour) ; RONSE e.a., « Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 1986, pp. 1325-1326, n° 321 ; X. DIEUX, « La divulgation d'informations concernant la société anonyme — Principes et sanctions », *Rev. Dr. U.L.B.*, 1992/2, p. 81, n° 8.

notions d'excès ou de détournement de pouvoir laissent au juge un large pouvoir d'appréciation (22).

7. — *Exceptions.* Il subsiste néanmoins en droit des sociétés une série d'actes qui ne font l'objet d'aucune énumération limitative des causes de nullité qui leur sont applicables.

Tel est notamment le cas de l'engagement de chaque associé ou actionnaire (23), des sociétés en nom collectif, en commandite simple, momentanée et en participation, des modifications des statuts, en ce compris des transformations, sous réserve des irrégularités résultant des décisions de l'assemblée générale, des décisions du conseil d'administration, etc.

8. — *Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* Aucune corrélation ne peut être établie entre le principe de l'énumération limitative des causes de nullité et ses exceptions d'une part, les causes de nullité absolue et relative d'autre part, de sorte que cette distinction ne présente aucun intérêt à cet égard.

C. — *Ouverture de l'action à tout intéressé*

9. — *Principe.* La doctrine majoritaire admet que la nullité d'une société peut être demandée par tout intéressé, sans opérer de distinction en fonction du caractère simplement impératif ou d'ordre public de la disposition violée.

Ce principe n'admet d'exception que lorsque la nullité est fondée sur l'incapacité ou un vice de consentement de l'un des associés : dans la mesure où, conformément au droit commun, seul ce dernier peut demander la nullité de son engagement (*supra*, n° 1), lui seul peut demander la nullité de la société qui en résulte (24).

(22) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1989-1990, Exposé des Motifs, n° 1214/1, p. 34.

(23) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 161.

(24) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 177 ; GEENS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1990, p. 1649, n° 27 et p. 1679, n° 83.

Sous cette réserve, le demandeur à l'action en nullité de la société peut être un associé ou un actionnaire (25), un administrateur, un gérant ou un commissaire, le curateur (26) ou le liquidateur (27), un créancier de la société (28) ou d'un associé (29), un cocontractant (30), un travailleur (31) ou un concurrent (32), ou même, dans certaines matières, le ministère public en cas d'atteinte intolérable à l'ordre public (33), la Commission des Communautés européennes (34) en cas de concentration ou d'entente illicite ou des institutions chargées de la défense d'intérêts collectifs comme la Commission bancaire et financière à charge de démontrer une prérogative spé-

(25) HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n^os^ 774 et 775 ; RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n^os^ 173 et 174 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 180 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 109 ; GEENS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1990, p. 1679, n° 83 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 327, n° 14.

(26) HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n^os^ 774 et 778 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 585-4°, p. 529.

(27) HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n^os^ 774 et 779 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 685-5°, p. 529.

(28) HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n^os^ 774 et 776 ; ESCARRA et RAULT, t. I^er^, n° 169, p. 197, t. II, n° 797 ; FRÉDERICQ, t. IV, n° 212-2°, p. 216 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 685-3°, p. 528 ; LE GALL, V° *Nullités*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n^os^ 46 et 63 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 328 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 232, n° 6.

(29) Cass. 11 avril 1886, *Pas.*, 1886, I, 103 ; Civ. 7 juin 1904, *D.P.*, 1904, 1, 455 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n^os^ 774 et 777 ; ESCARRA et RAULT, t. II, n° 798 ; FRÉDERICQ, t. IV, n° 112-1°, p. 215 ; VAN RYN, t. I^er^, n° 385 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 685-2°,p. 528 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 179 ; NGUYEN XUAN CHANH, *op. cit.*, *D.*, 1968, Chron., 36, n° 46.

(30) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 178.

(31) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 232, n° 6.

(32) VAN RYN, t. I^er^, n° 385 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 199.

(33) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 180 (« *Het optreden door het openbaar ministerie... is dus slechts verantwoord, wanneer het voorbestaan van de vennootschap een onduldbare verstoring van de openbare ordre zou betekenen* ») ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 182 (« *le Ministère pubic peut agir si l'ordre public est menacé de façon essentielle et si son action est nécessaire pour mettre fin à la situation y portant atteinte* ») ; en droit français, le ministère public ne peut agir en nullité que dans les circonstances où « *l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui y portent gravement atteinte, sans léser aucun intérêt rival* » : Cass. fr. (Civ.) 17 décembre 1913, *D.P.*, 1914, 1, 261, note BINET, *S.*, 1914. 1. 153, note RUBEN DE COUDER, *Rev. trim. dr. civ.*, 1915, p. 207, obs. JAPIOT ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 771 ; pour un cas d'application, Paris 11 octobre 1988, *Bull. Joly*, 1989, p. 340, note SAINTOURENS et Cass. fr. (Civ. 1^re^) 13 décembre 1989, *D.*, 1990, p. 273, *Rev. soc.*, 1990, Somm., p. 29, *Rev. trim. dr. com.*, 1990, p. 223 (annulation d'une association dont l'objet était illicite) ; le principe posé en 1913 par la Cour de cassation a été élargi par l'art. 423 du Nouveau Code de Procédure Civile, qui dispose que le ministère public « *peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* » ; la doctrine la plus récente tend à considérer que la seule condition de son intervention est une atteinte à l'ordre public sans autre exigence : HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 242-243, n° 22.

(34) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 245, n° 27 ; voir toutefois TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 579.

ciale et un lien étroit entre l'irrégularité dénoncée et leur mission (35).

Le même principe est consacré par les lois coordonnées en matière de fusion (36).

La doctrine admet également ce principe pour les modifications statutaires (37), les pactes de votation et les votes émis en vertu de ces pactes (38).

La doctrine et la jurisprudence étaient plus réservées en ce qui concerne la nullité des décisions des assemblées générales. Celle-ci ne pouvait être invoquée que par la société ou les associés ou actionnaires (39) (40), au motif qu'elle affectait unique-

(35) HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 243, n° 24 et p. 247, n° 30 ; TILQUIN, *op. cit., R.D.C.*, 1993, p. 772, n° 80 (v).

(36) Art. 174/1, § 3, al. 1er, art. 174/7, § 3, al. 1er, art. 174/16, § 1er, al. 1er, art. 174/26, § 3, al. 1er, art. 174/44, § 1er, al. 1er et art. 174/45, § 3, al. 1er ; Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1989-1990, Exposé des Motifs, n° 1214/1, p. 20 (*« l'on a voulu donner à l'expression 'à la requête de tout intéressé' une portée aussi large que possible. Il suffira donc effectivement d'être intéressé à la nullité de la fusion pour pouvoir demander l'annulation d'une décision prise par une société qui a approuvé la fusion »*) ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 584.

(37) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 270.

(38) NELISSEN-GRADE, *op. cit., R.C.J.B.*, 1991, p. 246, n° 53 ; TILQUIN, *op. cit., R.D.C.*, 1993, p. 739, n° 67 (iv).

(39) Tant les actionnaires majoritaires que les minoritaires peuvent toutefois se prévaloir de cette nullité : Comm. Anvers 23 septembre 1952, *R.P.S.*, 1953, p. 110, spécial. p. 117 et p. 122 ; Bruxelles 13 janvier 1971, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 260 et s. et note SCHOENTJES-MERCHIERS, « La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit » ; SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, n° 172 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1958, p. 81, n° 27 ; GERMAIN, *op. cit., Bull. Joly*, 1992, pp. 492-493, n° 4-5.

(40) De même, il est indifférent que le demandeur ait la qualité d'actionnaire au jour de l'irrégularité ou au jour de l'assignation : Bruxelles 8 décembre 1897, *Pas.*, 1898, II, 122 ; VAN RYN, t. Ier, n° 720 ; SCHOENTJES-MERCHIERS, *op. cit., R.C.J.B.*, 1973, p. 284, n° 22 ; HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 235, n° 12 ; voir cependant, Comm. Bruxelles 6 juin 1977, *R.P.S.*, 1977, p. 202 et RONSE e.a., « Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen », *T.P.R.*, 1978, p. 834, n° 223 (un actionnaire ne peut demander la nullité des décisions de l'assemblée générale s'il a acquis ses titres postérieurement au vote) ; en faveur du cumul de ces deux conditions, Trib. com. Paris 16 mars 1992, Perrier, *Bull. Joly*, 1992, p. 526, note JEANTIN, *Rev. jurispr. com.*, 1992, p. 205, note COURET, *Rev. dr. banc.*, 1992, p. 166, obs. GERMAIN et FRISON-ROCHE ; GERMAIN, *op. cit., Bull. Joly*, 1992, pp. 492-493, n° 4 ; en faveur de la nécessité d'avoir la qualité d'actionnaire au moment de l'introduction de l'action, Com. 26 janvier 1970, *D.*, 1970, p. 643, *J.C.P.*, 1970, II, 16385 ; Com. 11 octobre 1988, *Bull. Joly*, 1988, p. 925 ; LE CANNU, note précitée, *Bull. Joly*, 1989, p. 249.

ment leurs intérêts (41), sous réserve de l'hypothèse où elle mettait en cause l'ordre public.

Une certaine évolution a cependant pu être observée à cet égard (42) .

En réalité, les raisons avancées pour justifier cette règle montraient encore que toute personne pouvait demander la nullité de telles décisions pour autant qu'elle y ait un intérêt (43), ce qui ramenait en définitive à la notion d'intéressé.

Cette solution a été consacrée par la loi du 29 juin 1993 insérant un nouvel l'article 190*bis* dans les lois coordonnées.

L'ouverture de l'action en nullité à tout intéressé est conforme au droit commun de l'action en justice. Elle présente en outre l'avantage de faire coïncider les titulaires de l'action en nullité avec ceux qui peuvent intenter une action en responsabilité (44).

10. — *Intérêt personnel et légitime.* L'ouverture de l'action en nullité à tout intéressé semble multiplier les possibilités de recours en nullité, à l'encontre du souci du législateur de restreindre les cas de nullité en droit des sociétés.

Ce risque ne doit pas être exagéré.

(41) HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1192, p. 407 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 329-2° ; RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten...*, p. 32 ; SCHOENTJES-MERCHIERS, note précitée, *R.C.J.B.*, 1973, p. 285, n° 23 ; même solution en droit français : Trib. com. Paris 16 mars 1992, Perrier, *Bull. Joly*, 1992, p. 526, précité.

(42) Voir, en faveur de la possibilité pour les créanciers de demander la nullité d'une délibération de la société, FRÉDERICQ, t. V, n° 491 ; RESTEAU, t. II, n° 1221, pp. 416-417 ; en faveur de la possibilité pour le fisc de demander la nullité d'une délibération de la société, Bruxelles 20 novembre 1974, *R.P.S.*, 1976, p. 42 ; RONSE, e.a., « Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen », *T.P.R.*, 1978, p. 835, n° 225 ; en faveur de la possibilité pour l'actionnaire d'une filiale de demander la nullité d'une délibération de la société mère, Trib. com. Paris 16 mars 1992, Perrier, *Bull. Joly*, 1992, p. 526, précité ; Paris 7 juin 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 702 ; HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, n^{os} 333 et s. ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 239, n° 15 ; voir également Paris 28 novembre 1990, *Bull. Joly*, 1991, p. 183 note JEANTIN, « Recevabilité de la demande présentée par les actionnaires d'un holding de droit étranger, fondée sur l'article 145, N.C.P.C. tendant à la désignation d'un expert chargé de contrôle de l'évaluation de sociétés françaises indirectement contrôlées par ce holding. Compétence du juge français » ; GERMAIN, *op. cit.*, *Bull. Joly*, 1992, pp. 493-494, n° 6 ; en faveur de la possibilité pour le cédant de demander la nullité d'une délibération de la société, LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 317, n° 78.

(43) TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 116, n° 16 ; voir également HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 239-240, n° 15.

(44) TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 116, n° 16.

En effet, conformément au droit commun, tout intéressé doit justifier d'un intérêt personnel et légitime, né et actuel (45).

L'intérêt légitime suppose une atteinte d'ordre juridique portée par l'irrégularité à ses intérêts, un rapport étroit entre le profit recherché à-travers l'annulation et le contenu de l'irrégularité, la subordination de l'usage de l'action en nullité au but de la nullité (46).

L'intérêt personnel se confond avec l'intérêt propre du demandeur. Il est surtout invoqué de manière négative pour déclarer irrecevable l'action de groupements, et plus spécialement d'associations sans but lucratif, qui demandent la réparation d'un préjudice causé à l'ensemble de leurs membres ou au but pour la défense duquel ils ont été constitués (47).

Ces principes expliquent que l'action en nullité est plus facilement reconnue aux associés ou actionnaires qu'aux tiers et aux institutions, les premiers se voyant en quelque sorte reconnaître une présomption d'intérêt personnel et légitime à agir (48), mais ne pouvant se dispenser de le démontrer en cas de contestation (49).

Ils ont assurément pour effet de limiter les possibilités pour les tiers mais également pour les associés ou actionnaires d'introduire des actions en nullité.

(45) Sur ce principe, GARSONNET et CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. I^er^, 3^e^ éd., Librairie du Recueil Sirey, 1912, n^os^ 360 et s. ; VINCENT, V° *Action*, Encyclopédie Dalloz, Procédure, n^os^ 26 et s. ; sur son application en droit des sociétés, ESCARRA et RAULT, t. I^er^, n° 171 ; RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 170 ; RESTEAU, t. II, n° 1221, p. 416 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n^os^ 177 et s. ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 765 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 215, n° 93 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 108 ; comparer FRÉDERICQ, t. IV, n° 111 et VAN RYN, t. I^er^, n° 385, qui rejettent la condition tenant à la légitimité de l'intérêt.

(46) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 233 note 36.

(47) Cass. 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 338, *R.P.S.*, 1984, p. 18 ; FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, n° 31 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit d'action en justice des groupements, notamment des groupements tendant à la défense de l'environnement », in *Le droit, pour les associations de défense de l'environnement, d'ester en justice*, pp. 15 et s.

(48) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 235-236, n° 12.

(49) SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 216, n° 93 ; LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 317, n° 78 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 236-237, n° 13-14 ; voir Paris 26 avril 1990, LVMH, *Rev. soc.*, 1990, p. 425, note LE CANNU, *Bull. Joly*, 1990, p. 537, note JEANTIN, pourvoi rejeté par Cass. fr. (Com.) 15 juillet 1992, *Rev. soc.*, 1992, p. 752, note LE CANNU, *Rev. Dr. Banc.*, 1992, p. 248, obs. GERMAIN et FRISON-ROCHE, *Bull. Joly*, 1992, p. 1202, note BARBIERI.

Ainsi, sont considérées comme irrecevables à défaut d'intérêt légitime :

— l'action en nullité d'une société ou d'une délibération introduite par un concurrent de celle-ci, dans la mesure où la nullité invoquée l'est aux seules fins de profiter de la disparition matérielle d'un concurrent sur le marché et où le profit escompté est sans rapport avec l'irrégularité dénoncée (50). Cette solution s'impose même si le demandeur prétend être victime d'une concurrence déloyale, car l'atteinte ainsi portée à ses intérêts ne résulte pas du contenu de l'irrégularité (51). Le concurrent ne retrouve la possibilité d'agir en nullité que s'il démontre le rapport entre le profit escompté et l'irrégularité dénoncée (52) ;

— pour le même motif, l'action en nullité d'une société intentée par une personne liée à celle-ci par un contrat à prestations successives pour y mettre fin pour l'avenir (53). La solution pourrait être différente si l'irrégularité de la société mettait en péril les possibilités du créancier de recouvrir sa créance (54) ;

— l'action en nullité d'une délibération introduite par un actionnaire minoritaire lorsqu'il poursuit un intérêt égoïste à l'encontre de l'intérêt social, l'abus de minorité se trouvant ainsi sanctionné de manière procédurale quant à l'appréciation des conditions de recevabilité de l'action (55), ou

(50) SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I^er^, Sirey, 1961, n° 228 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 216, n° 93 ; en droit français, Req. 15 janvier 1901, *S.* 1902. 1. 274 ; Paris 5 juillet 1954, *D.*, 1954, 706, *S.*, 1955, 2, 1, conclusions DUPIN, *Rev. trim. dr. civ.*, 1955, p. 150, obs. HEBRAUD ; Paris 26 mai 1967, *Gaz. Pal.*, 1967. 2° sem. Jur. 246, note BLANCHET, *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, p. 181, obs. HEBRAUD ; VINCENT, V° *Action*, Encyclopédie Dalloz, Procédure, n° 31 ; Rapport de M. le Conseiller DUMAS sous Req. 3 novembre 1932, *D.*, 1932, 1, 180 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 232, n° 7.

(51) SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 216 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 232-233 et p. 233 note 36 ; *contra* : VAN RYN, t. I^er^, n° 385 *in fine* ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 179-2°.

(52) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 233, n° 7.

(53) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 233 note 40 ; il ne saurait évidemment être question de remettre en cause les effets passés du contrat puisque la nullité des sociétés dotées de la personnalité juridique opère sans effet rétroactif et laisse subsister les actes accomplis par elles avant leur annulation (SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 216, n° 93).

(54) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 178.

(55) T. TILQUIN, « Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulé et l'abus de droit des actionnaires », *R.D.C.*, 1991, p. 13, n° 11 et les références citées ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 238, n° 14 et note 69.

même lorsque les intérêts invoqués sont minimes par rapport aux conséquences de l'annulation (56) ;

— l'action en nullité introduite par un actionnaire à l'encontre de l'acte constitutif ou d'une délibération susceptible de faire l'objet d'une régularisation lorsque la bonne foi lui commande d'y prêter son concours grâce à son vote (57) ;

— l'action en nullité d'une décision affectée d'un vice de forme introduite par un actionnaire minoritaire dans le but de nuire aux actionnaires majoritaires ou d'obtenir un avantage nettement inférieur à l'inconvénient qu'une annulation causerait à la société (58) ;

— l'action en nullité de la décision de décharge d'un administrateur d'une association introduite par un affilié de cette association qui s'estime préjudicié par la conclusion d'une convention de distribution par le conseil d'administration, alors que la validité de cette convention ne peut être affectée par la nullité de la décharge (59) ;

— l'action en nullité de la fusion introduite par le commissaire aux comptes d'une société absorbée à la seule fin de conserver ses fonctions dans la société, car il n'y a aucune relation entre l'irrégularité prétendument commise et son droit à rémunération (60).

Seraient considérées comme irrecevables à défaut d'intérêt personnel des actions introduites par des groupements pour la protection des droits des minoritaires (61), à moins qu'ils n'agissent en qualité de mandataires de leurs membres (62).

11. — *Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* On sait que l'une des conséquences essentielles de la distinction entre lois impératives et d'ordre public

(56) HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 237, n° 13 et p. 253, n° 42, interprétant de cette manière l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris 26 avril 1990, *Rev. soc.*, 1990, p. 425, précité note 49.

(57) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 180 ; SIMONT, *op. cit., R.P.S.*, 1974, p. 216, n° 93.

(58) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 330.

(59) HR 28 février 1992, *T.V.V.S.*, 1992, p. 130.

(60) Cass. fr. (Com.) 17 janvier 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 247, note LE CANNU ; HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 233, n° 8.

(61) Comparer, en droit français, HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, pp. 250-253, n° 37-41.

(62) TILQUIN, *op. cit., R.D.C.*, 1993, p. 765, n° 78.

est que seule la personne protégée peut demander la nullité des actes contraires aux premières tandis que toute personne peut invoquer la violation des secondes (*supra*, n° 3).

Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur la compatibilité de ce régime avec la règle de droit commun suivant laquelle seuls les titulaires d'un intérêt personnel et légitime peuvent agir en justice. Certes, pour les personnes protégées par des dispositions impératives, cet intérêt est en quelque sorte présumé (63), tandis que seules peuvent poursuivre la nullité d'actes contraires à des règles d'ordre public les personnes qui démontrent un intérêt à agir (64), de sorte qu'en ce sens il n'est pas dérogé à la maxime « *sans intérêt pas d'action* ». Toutefois, ce régime s'écarte dans une certaine mesure du droit commun puisque, même si elles ont un intérêt personnel et légitime à agir, les personnes autres que celles protégées par la règle ne peuvent invoquer la nullité relative d'actes qui y sont contraires.

L'ouverture en droit des sociétés de l'action en nullité à tout intéressé quel que soit le caractère de la règle méconnue prive assurément d'intérêt à cet égard la distinction entre causes de nullité relative et absolue (65).

D. — *Intervention nécessaire du juge*

12. — *Principe.* En droit commun, la nullité ne peut résulter que d'une décision judiciaire ou de sa reconnaissance par les parties (66). Cette théorie s'oppose à celle de l'inexistence,

(63) HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 231, n° 4.

(64) Paris 5 juillet 1954, *D.*, 1954, p. 706, précité ; Cass. fr. (Com.) 17 janvier 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 247, précité ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n° 774 ; ESCARRA et RAULT, t. I^er^, n° 169, p. 196 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 2^e^ éd., par ESMEIN, Paris, 1952, n° 289, p. 373 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, 1^er^ vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, n° 198, p. 182 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. I^er^, n° 121 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 765 ; PONSARD et BLONDEL, V° *Nullité*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, n° 64 ; LE GALL, V° *Nullités*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n^os^ 47 et s. ; RAYNAUD, note sous Trib. civ. Seine 19 juin 1957, *D.* 1958. 67, spécial. p. 70, col. 2 ; J.-L. AUBERT, « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités) », *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, pp. 701 et s., n^os^ 13 et s. ; SIMONT, *op. cit., R.P.S.*, 1974, p. 215, n° 93 ; HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 229, n° 2 et pp. 231-232, n° 4-6.

(65) HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 684 ; TILQUIN, *op. cit., R.D.C.*, 1993, p. 116, n° 16 ; comparer HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 234, n° 11.

(66) DE PAGE, t. II, n° 780, p. 745 et n° 781, p. 750 ; BASTIAEN et THOREAU, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 23.

en vertu de laquelle les actes qui ne remplissent pas les éléments de fond ou de forme essentiels à leur nature se voient privés de toute efficacité en dehors de toute intervention judiciaire (67). La théorie de l'inexistence est de nos jours rejetée (68), en raison d'une part de l'insécurité juridique qu'elle génère en faisant l'économie d'une décision judiciaire (69) et d'autre part de son utilité réduite par rapport à la nullité absolue (70).

En droit des sociétés, cette solution résulte partiellement de la première directive. Comme on sait, la première directive du Conseil en matière de sociétés du 9 mars 1968 a restreint les causes de nullité des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée, en les énumérant de manière limitative (art. 11). Comme, par définition, une directive lie les Etats membres quant au résultat à atteindre (art. 189, al. 3 du Traité de Rome), il ne saurait être question d'admettre, pour les sociétés visées par la première directive, ni des causes de nullité qui sont exclues par elle (71), ni, *a fortiori*, des causes

(67) Sur cette théorie, AUBRY et RAU, t. I[er], § 37, p. 230 ; P. KAYSER, « Les nullités d'ordre public », *Rev. trim. dr. civ.*, 1933, pp. 1134-1135 ; Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965, p. 526 ; G. DURRY, « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965, p. 611.

(68) DE PAGE, t. I[er], 3[e] éd., n° 101, pp. 150-151 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 739 ; RENARD et VIEUJEAN, *op. cit.*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, pp. 521 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 435-436, n° 6 ; en droit français, voir DURRY, *op. cit.*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, pp. 611 et s. ; Cass. fr. (Com.) 16 juin 1992, *Bull. Joly*, 1992, p. 960 ; P. LE CANNU, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly*, 1992, p. 875.

(69) DE PAGE, t. I[er], 3[e] éd., n° 101, p. 150, n° 89*bis*, p. 197, n° 96-3°, p. 144, t. II, 3[e] éd., n° 780, t. IV, 3[e] éd., n° 80 ; *R.P.D.B.*, V° *Nullité*, t. IX, n° 29 ; VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, I, Algemeen Deel*, Antwerpen, 1969, n[os] 127 et s. ; RENARD et VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, pp. 245 et s.

(70) DE PAGE, t. I[er], 3[e] éd., n° 101, p. 150 ; *R.P.D.B.*, V° *Nullité*, t. IX, n° 27*ter* ; PONSARD et BLONDEL, V° *Nullité*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, n° 18.

(71) P. VAN OMMESLAGHE, « La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés », *Cah. dr. eur.*, 1969, p. 655, n° 45 ; L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1974, p. 202, n° 81 et p. 204, n° 83 ; voir également en droit français : Y. SERRA, « Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68-151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés », *D.*, 1967, Chron., pp 98 et 99 ; DIENER, note précitée, *D.*, 1977, p. 623 ; LE CANNU, *op. cit.*, *Bull. Joly* 1992, p. 879, n° 16 ; *contra* : HOUIN, « Chronique de législation et de jurisprudence françaises — Faillites et règlements judiciaires », *Rev. trim. dr. com.* 1969, p. 1013, n° 13 ; CALAIS-AULOY, V° *Société fictive*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 16, selon lesquels l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 aurait conservé pour les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée

d'inexistence, car elles aboutissent au même résultat que la nullité, mais sans intervention judiciaire et sans publicité, et permettent d'éluder non seulement l'énumération limitative des causes de nullité prévues par la première directive, mais également l'interdiction de l'effet rétroactif de la nullité (72).

Cette solution n'a pas été remise en question par l'arrêt rendu le 20 septembre 1988 par la Cour de Justice, selon lequel les dispositions de la section 3 de la première directive relatives à la nullité des sociétés ne s'appliquent que lorsque les sociétés ont fait l'objet de mesures de publicité conformément à la section 1re (considérant n° 14) et ne régissent pas la situation des sociétés dans lesquelles les formalités de constitution prévues par la loi nationale n'ont pas encore été accomplies (considérant n° 15). Suivant cette décision, le moment de l'acquisition de la personnalité juridique est réglé par les législations nationales (considérants nos 13 et 15 des conclusions de M. l'avocat général Da Cruz Vilaça), et les sociétés qui n'ont pas fait l'objet des formalités de constitution prévues par la loi nationale peuvent être considérées comme des sociétés en formation (73). Ces considérants sont étrangers à la question de l'inexistence conçue comme une alternative à la nullité.

Pour les sociétés autres que les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés privées à responsabilité limitée, il est vrai qu'il n'est pas possible de se fonder sur l'énumération limitative des causes de nullité par la première directive pour écarter l'application de la théorie de l'inexistence (74). Cette solution résulte toutefois du droit

les causes de nullité du droit commun des contrats autres que celles résultant d'un vice de consentement, de l'incapacité d'un ou plusieurs associés ou de l'existence d'une clause léonine, et notamment celles déduites de l'absence d'*affectio societatis* ; une telle interprétation va à l'encontre tant de la lettre que de l'esprit de la première directive.

(72) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 167 ; VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *Cah. dr. eur.*, 1969, p. 655, n° 45 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 204, n° 83 ; GEENS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1990, p. 1656, n° 43 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 295, n° 2 ; en droit français, COZIAN et VIANDIER, *Droit des sociétés*, n° 214 ; LE CANNU, *op. cit.*, *Bull. Joly*, 1992, p. 879, n° 16 ; *contra* : CALAIS-AULOY, V° *Société fictive*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 16, selon lequel la loi du 24 juillet 1966 n'aurait pas remis en cause les solutions déduites de l'inexistence de la société en raison de son caractère fictif.

(73) Cour de Justice, 20 septembre 1988, aff. 136/87, *Rec.*, 1988, p. 4682, *T.R.V.*, 1988, p. 440 et note GEENS, « Het Hof van Justitie over de Eerste Richtlijn : het constituerend effect van openbaarmaking bij niet opgerichte vennootschappen » ; sur cet arrêt, voir également GEENS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1990, p. 1661, n° 51 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, pp. 303 et s.

(74) BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 296.

commun et de l'article 13*quater*, § 1er, al. 1er des lois coordonnées.

Conformément à l'article 11 de la première directive, l'article 13*quater*, § 1er, al. 1er des lois coordonnées énonce que « *la nullité d'une société dotée de la personnalité juridique doit être prononcée par une décision judiciaire* ». Le même principe s'applique à la nullité des modifications conventionnelles pour absence d'acte écrit ou d'acte authentique (art. 13*quater*, § 3). Contrairement à la solution admise en droit commun, la nullité ne peut donc résulter d'une reconnaissance conventionnelle ou d'une transaction (75).

En revanche, il est sans doute permis de considérer que la nullité peut résulter, soit d'une décision judiciaire, soit de sa constatation par les parties en ce qui concerne les délibérations des organes sociaux (76), les modifications statutaires pour un vice autre que de forme (77) ou les fusions et scissions (78).

13. — *Exception.* Aussi bien établis que soient ces principes, il est permis de se demander si la technique des clauses réputées non écrites (79) ne réintroduit pas en droit des sociétés une certaine forme d'inexistence, que certains auteurs

(75) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 195 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 166 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 219, n° 95 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 111, n° 35 ; GEENS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1990, p. 1677, n° 79.

(76) Art. 190*bis* L.C. ; RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten...*, p. 29 (constatation de la nullité par le juge) ; RESTEAU, t. II, n° 1202, p. 416 (constatation de la nullité par une assemblée générale ultérieure).

(77) Voir Grenoble 31 mai 1983, *J.C.P.* 1984. II. 20177, note critique REINHARD (possibilité pour les associés de constater à l'unanimité la nullité d'une transformation) ; P. SERLOOTEN, V° *Transformations de sociétés*, J.-Cl., Sociétés Traité, Fasc. 33, n° 70.

(78) Voir cependant TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 612, qui relève que dans ce cas la nullité d'une fusion ou d'une scission implique en réalité l'accomplissement d'une opération exactement inverse à celle qui a été effectuée.

(79) Les lois coordonnées recourent avec prudence à cette technique, notamment en matière de clauses léonines dans les sociétés par actions, les sociétés à responsabilité limitée (art. 13*ter*, al. 2) et les sociétés coopératives (art. 144, al. 3), et de clauses statutaires contraires aux dispositions nouvelles de la loi après une période d'adaptation (art. 50, § 5 de la loi du 18 juillet 1991) ; en revanche, en droit français, l'article 1844-10 du Code civil énonce de manière générale que « *toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite* ».

ont qualifiée d'« inexistence par détermination de la loi » (80). Elle se distingue précisément de l'inexistence envisagée par la théorie classique par ceci qu'elle résulte d'une fiction légale dont l'effet est de nier ce qui est écrit en dotant cette inexistence d'un régime propre (81).

Cette sanction s'applique en effet indépendamment de toute intervention du pouvoir judiciaire, même s'il est évident qu'en cas de contestation sur la licéité d'une clause déterminée celle-ci devra être tranchée devant la juridiction compétente.

14. — *Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* La nécessité d'une décision judiciaire pour constater la nullité vaut quel que soit le caractère de la disposition méconnue (82).

Le tempérament qu'admet le principe de la nécessité d'une intervention judiciaire par le biais des clauses réputées non écrites est également étranger à la distinction entre les causes de nullité relative et absolue.

Sur ce point également, elle est dépourvue de toute raison d'être.

E. — *Régime de la prescription*

15. — *Principe.* A l'inverse d'autres législations comme la loi française du 24 juillet 1966 (83), les lois coordonnées n'instaurent pas de manière générale un système de brefs délais en droit des sociétés.

Sous réserve des exceptions expressément prévues par la loi, l'action en nullité est soumise à la prescription du droit commun, soit selon la doctrine traditionnelle la prescription décen-

(80) HANNOUN, *op. cit., Rev. soc.*, 1991, p. 51, n° 8 ; HANNOUN, *op. cit., Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 239 notes 72 et 74 ; voir également J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 13e éd., PUF, 1988, p. 202, n° 50 ; *contra* : Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations*, Economica, 1986, n° 573, p. 512 (« *... une clause d'un contrat est nulle ou réputée non écrite, ce qui revient au même* ») ; WEILL et TERRE, *Les obligations*, 4e éd., Dalloz, 1986, p. 263 note 602 (« *les expressions 'nulle' et 'réputée non écrite' sont, à ce propos, synonymes* »).

(81) HANNOUN, *op. cit., Rev. soc.*, 1991, p. 51, n° 8.

(82) RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten...*, p. 29.

(83) Voir p. ex. Ch. HANNOUN, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. soc.*, 1991, pp. 45 et s.

nale ou trentenaire selon que la nullité soit relative ou absolue (84).

En réalité, en raison de la théorie des irrégularités continues, le droit belge n'est pas aussi éloigné qu'il ne pourrait y paraître à première vue de législations qui semblent radicalement différentes sur ce point comme la loi du 24 juillet 1966 (85).

A l'instar des infractions continues en droit pénal (86), il existe en effet des irrégularités qui produisent des effets continus dans le futur et qui tant que ceux-ci perdurent retardent ainsi le point de départ de la prescription (87). On peut citer l'irrégularité résultant de l'illicéité de l'objet social (88), de l'insuffisance du nombre des associés (89), etc.

Les irrégularités continues entraînent cette conséquence quelle que soit la nature de la nullité invoquée : relative, comme dans le cas visé par l'article 1304 du Code civil, ou absolue (90).

Bref délai ou prescription de droit commun, l'action en nullité d'un acte affecté d'un vice continu est donc en fait imprescriptible tant qu'il n'y pas régularisation (91).

(84) VAN RYN, t. I^er^, n° 387 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 184 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 217, n° 94 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 328.

(85) Voir la conclusion de HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 66, n° 28 : « *... ne faudrait-il pas inverser le principe (la prescription abrégée) et les exceptions et penser qu'en définitive, malgré l'apparente généralité de la règle, seuls les vices instantanés de portée restreinte et individuelle sont concernés par la prescription abrégée ? On le voit, le rempart de la prescription est moins solide qu'il le paraît* ».

(86) Pour cette comparaison, HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, t. I^er^, 2^e^ vol., 2^e^ éd., par G. LAGARDE, Dalloz, 1980, p. 125, n° 153.

(87) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 183 ; PLANIOL et RIPERT, t. VI, n° 310, p. 394 ; HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, t. I^er^, 2^e^ vol., n° 457, p. 125 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, Economica, 1988, 5^e^ éd., n° 157 ; RIPERT et ROBLOT, t. I^er^, n° 741 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, pp. 53 et s., n^os^ 10 et s. ; voir cependant Trib. com. Marseille 8 septembre 1983, *Rev. soc.*, 1984, p. 80, spécial. p. 83 ; *contra* : HEMARD, TERRE et MABILAT, t. II, n° 699 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 857, p. 996.

(88) HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, t. I^er^, 2^e^ vol., n° 457, p. 125 ; GUYON, *Droit des affaires*, n° 157 ; RIPERT et ROBLOT, t. I^er^, n° 741 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 61, n° 21 ; J. MESTRE, note sous Trib. com. Marseille 8 septembre 1983, *Rev. soc.*, 1984, p. 88.

(89) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 61, n° 21 ; *contra* : Cass. fr. (Com.) 17 juillet 1974, *Rev. soc.*, 1975, p. 649, note J.H.

(90) HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 56, n° 14.

(91) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n^os^ 183 et 188 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n^os^ 184 et 186 ; comparer VAN RYN, t. I^er^, n° 387-388 (action imprescriptible vis-à-vis des tiers mais soumise à la prescription de trente ans entre les associés).

16. — *Exception : courte prescription.* Afin de réduire à la fois la possibilité d'exercice d'actions en nullité et la période durant laquelle les actes sont susceptibles d'être mis à néant, le législateur belge a toutefois prévu que certaines actions en nullité doivent être intentées dans un bref délai :

— les actions en nullité pour vice de forme d'une société anonyme, d'une société privée à responsabilité limitée ou d'une société en commandite par actions fondées sur l'article 13*ter*, al. 1er, 1° et 2° sont prescrites par cinq ans à partir de la publication lorsque le contrat a reçu son exécution pendant cinq ans au moins (art. 194, al. 6, L.C.) ;

— les actions en nullité d'une société coopérative sont prescrites par cinq ans à partir de la publication lorsque le contrat a reçu son exécution pendant cinq ans au moins sauf si leur existence est contraire à la loi (art. 194, al. 7, L.C.) ;

— les actions en nullité de la fusion et de la scission, même pour soulte excessive, sont prescrites par six mois à partir de la date à laquelle celles-ci sont opposables à celui qui en invoque la nullité, soit dans les six mois de la publication conformément à l'article 10, § 4 des lois coordonnées (art. 194*bis*, al. 1er et 2, L.C.) ;

— les actions en nullité des décisions des assemblées générales sont prescrites par six mois de la date à laquelle celles-ci sont connues de celui qui en invoque la nullité, ou lui sont opposables, soit au plus tard dans les six mois de la publication conformément à l'article 10, § 4 des lois coordonnées (art. 194*bis*, al. 3, L.C.).

La multiplication de ces courtes prescriptions permet assurément de se demander si le principe et les exceptions ne doivent pas être inversés.

Par ailleurs, l'action en tierce opposition contre les décisions judiciaires prononçant la nullité d'une société dotée de la personnalité juridique, de modifications statutaires, de la fusion ou de la scission ou de décisions d'assemblées générales est prescrite par six mois à compter de la publication (art. 1128 nouveau du Code judiciaire).

17. — *Maxime Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.* En principe, les brefs délais de prescrip-

tion sont compensés par la possibilité de soulever sans limite de temps l'exception de nullité en défense à une action principale par application de la maxime *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (92).

La survivance de l'exception de nullité à la prescription de l'action principale vaut aussi bien pour les nullités relatives que pour les nullités absolues (93).

Toutefois, l'application de cette maxime suppose que la nullité puisse être opposée par voie d'exception. Tel n'est pas le cas de la nullité de la société ou des modifications statutaires pour vice de forme, car celle-ci doit nécessairement être demandée par voie principale ou reconventionnelle (art. 13*quater*, § 2, L.C.) (94). En revanche, cette exception peut être invoquée après la prescription de l'action en nullité d'une délibération d'une assemblée générale (95).

Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence écartent l'application de cet adage en présence de délais préfix (96). Les délais préfix sont ceux qui, institués pour des raisons d'intérêt public et de sécurité commerciale, sont très brefs et ne sont pas sus-

(92) Sur cet adage, DE PAGE, t. II, n° 784 ; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, 1er vol., n° 209 ; WEILL et TERRE, *Les obligations*, n° 323 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 867 ; LARROUMET, *Les obligations*, n° 569, p. 508 ; PONSARD et BLONDEL, V° *Nullité*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, nos 91 et s. ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, V° *Prescription civile*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, nos 429 et 813 ; M. STORK, « L'exception de nullité en droit privé », *D.*, 1987, Chron., p. 69 ; F. GLANSDORFF, « Le caractère imprescriptible des exceptions », note sous Cass. 22 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 267 et s. ; M. PARIENTE, « Application en droit des sociétés de la survie de l'exception de nullité lorsque l'action en annulation est prescrite », note sous Cass. fr. (Com.) 20 novembre 1990, *Rev. soc.*, 1991, pp. 522 et s. ; BASTIAEN et THOREAU, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, pp. 93 et s.

(93) MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, 1er vol., n° 209 ; WEILL et TERRE, *Les obligations*, n° 323, p. 329 ; LARROUMET, *Les obligations*, n° 569, p. 509 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 869.

(94) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 184 ; voir cependant RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 183.

(95) Cass. fr. (Com.) 20 novembre 1990, *Rev. soc.*, 1991, p. 521, note PARIENTE précitée, qui relève que l'absence de référence à l'adage dans l'arrêt s'explique par une circulaire du Ministre de la Justice déconseillant aux magistrats l'usage de formules latines (p. 524), *J.C.P.*, éd. G, 1991. IV. 28.

(96) DE PAGE, t. II, n° 784-D-4°, p. 757, t. VII, n° 1137, p. 1035 ; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, 1er vol., n° 209 ; WEILL et TERRE, *Les obligations*, n° 323, p. 329, n° 1118, 1054 note 72 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 869 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 701 ; SOHM-BOURGEOIS, V° *Prescription civile*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, n° 416 ; M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 461, n° 23 ; STORK, *op. cit.*, *D.*, 1987, p. 69 ; GLANSDORFF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 282 et s., nos 11 et s. ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 63, n° 24 ; BASTIAEN et THOREAU, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 95.

ceptibles d'interruption ou de suspension (97). Les brefs délais en matière de sociétés étant généralement considérés comme préfix (98), la maxime *quae temporalia...* ne peut pas être soulevée en cas de méconnaissance des règles dont l'action en nullité est soumise à une courte prescription (99).

18. — *Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* Il résulte de ces considérations que le délai décennal et trentenaire de prescription trouvera rarement à s'appliquer en droit des sociétés.

Cette solution condamne dans une certaine mesure l'intérêt de la transposition en droit des sociétés de la distinction entre causes de nullité relative et absolue (100).

F. — *Absence d'effet rétroactif de la nullité*

19. — *Principe.* La première directive a assimilé le régime de la nullité des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée à celui de la dissolution : la nullité ne produit ses effets qu'à partir de la décision qui la prononce (art. 12). Le législateur belge a rendu ce régime applicable à toutes les sociétés dotées de la personnalité (art. 13*quater*, § 1er, al. 2, L.C.).

(97) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, 6e éd., par ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1958, § 771, p. 429 ; DE PAGE, t. VII, nos 1135 et s. ; CARBONNIER, *Les obligations*, n° 140, p. 622 ; WEILL et TERRE, *Les obligations*, n° 1118 ; VASSEUR, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, pp. 439 et s.

(98) Voir, en matière de nullité des fusions, TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 590 ; *contra* : HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, pp. 63-64, n° 24, considérant que la qualification de délai préfix ne peut résulter que d'une disposition expresse, mais pour des considérations propres à la jurisprudence de la Cour de cassation de France.

(99) Voir cependant Cass. fr. (Com.) 20 novembre 1990, *Rev. soc.*, 1991, p. 521 note PARIENTE (considère l'exception de nullité perpétuelle alors que l'action en nullité de la délibération de l'assemblée générale était soumise à la prescription triennale).

(100) En droit français, où il existe il est vrai un système de brefs délais, mais tempéré par la théorie des irrégularités continues, SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, n° 171, p. 126 ; voir cependant HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 48, n° 5 (« *les nullités de portée restreinte doivent être soumises à une prescription abrégée ; il va moins de soi que les vices de portée générale puissent subsister sans sanction au-delà du délai de trois ans* »).

La décision qui prononce la nullité de ces sociétés a par conséquent un caractère constitutif et non déclaratif (101) en ce sens qu'elle ne sort ses effets que pour l'avenir.

Le même principe s'applique à la nullité des modifications statutaires pour absence d'acte authentique (art. 13, § 3, L.C.) (102).

L'absence d'effet rétroactif de ces nullités permet de sauvegarder les actes qui ont été accomplis par la société avant son annulation ou la publication de la décision d'annulation (103).

20. — *Exceptions.* En revanche, l'annulation des modifications statutaires (104) et des transformations (105) affectées d'un vice autre que de forme, ainsi que des délibérations irrégulières (106), opère avec effet rétroactif.

Ces exceptions ne soulèvent pas de difficultés particulières. En particulier, l'annulation d'une transformation avec effet rétroactif laisse intacte la personnalité juridique de la société, qui subsiste dans sa forme initiale (*supra*, note 105).

21. — *Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* Tant le principe de l'absence d'effet rétroactif des nullités en matière de sociétés, que ses exceptions, sont étrangers à la distinction traditionnelle entre dispositions impératives et d'ordre public et entre causes de nullités relative et absolue. Sur ce point également, elle ne présente pas d'intérêt.

(101) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 194 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 168 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 219, n° 95 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 110, n° 35 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 328 ; sur la distinction entre jugements déclaratifs et constitutifs, FETTWEISS, *Manuel de procédure civile*, n° 385.

(102) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n^{os} 265 et 271 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 428 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 123, n° 42.

(103) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 169 ; pour la nullité de la fusion ou de la scission, art. 174/16, § 4 et art. 174/44, § 4, L.C. ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 597.

(104) BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 337.

(105) RESTEAU, t. II, n° 1356, p. 575 ; voir également en droit français Paris 11 juillet 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 967 ; D. LANGE, V° *Transformation*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 98.

(106) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 331-2° ; GUYON, V° *Assemblées générales*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 295.

G. — *Effet* erga omnes *de la nullité*

22. — *Principe.* En principe, les décisions d'annulation ont en droit des sociétés un effet *erga omnes* dès leur publication.

Ce principe est bien établi pour la nullité de la société elle-même ou des modifications de ses statuts (107).

Il est plus discuté à propos de la nullité des délibérations des organes sociaux. Selon certains auteurs, la décision qui prononce la nullité d'une délibération irrégulière a l'autorité de la chose jugée vis-à-vis de tous les associés ou actionnaires ainsi que vis-à-vis des tiers qui auraient pu déduire des droits de la délibération annulée car il s'agit d'une question indivisible (108).

23. — *Tempérament.* Sans admettre de véritable exception, ce principe connaît un tempérament qui tient à l'inopposabilité de certaines nullités aux tiers de bonne foi (109).

Ainsi, lorsqu'elle est de nature à porter atteinte aux droits acquis de bonne foi par les tiers, la nullité des modifications statutaires (110), de la fusion ou de la scission (111), des décisions contraires à l'article 60 (112), et plus généralement des délibérations sociales (113), peut être déclarée sans effet à leur égard.

(107) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n^{os} 202 et 274 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 187 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 220, n° 96 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 294, n° 40 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 111, n° 36 et p. 124, n° 42 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 601.

(108) Cass. 21 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, 1060 ; VAN RYN, t. I^{er}, n° 721 ; comparer RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten...*, p. 35 ; RONSE, « Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen », *T.P.R.*, 1967, p. 708.

(109) Ce principe est consacré en droit français par l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966, qui dispose que « *[n]i la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi* ».

(110) SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 124, n° 42.

(111) Art. 174/2, § 3, al. 2, art. 174/17, § 3, al. 2, art. 174/26, § 3, al. 2 et art. 174/45, § 3, al. 2, qui réservent expressément le droit du demandeur à des dommages-intérêts ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 568.

(112) VANDERHAEGEN et GOLLIER, *op. cit.*, *J.T.*, 1992, p. 210, n° 42 ; TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 719, n° 56.

(113) Cass. 5 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, 300, avec les conclusions de M. le premier avocat général MESDACH DE TER KIELE ; VAN RYN, t. I^{er}, n° 721 ; RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten...*, p. 35 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 331-3° ; FORIERS, MAUSSION et SIMONT, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, t. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 187 ; P. DIDIER, « L'article 360 de la loi de 1966 et les délibérations sociales », note sous Cass. fr. (Com.) 24 avril 1990, *Rev. soc.*, 1991, p. 352.

24. — *Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* Tant le principe de l'autorité *erga omnes* des décisions d'annulation en droit des sociétés, que les tempéraments qu'il admet, sont étrangers à la distinction entre les causes de nullité relative et absolue.

H. — *Possibilité de régulariser le vice*

25. — *Notion.* La régularisation est l'opération par laquelle l'organe compétent valide de manière objective, rétroactive et *erga omnes* un acte affecté d'un vice en faisant disparaître la cause de nullité qui l'entachait (114).

Son effet rétroactif est toutefois limité par sa nature : éviter l'annulation. Elle n'affecte pas la possibilité pour les tiers de bonne foi de faire valoir les droits qu'ils auraient acquis dans l'intervalle (115) ou d'intenter une action en responsabilité à l'encontre des organes auxquels l'acte irrégulier était imputable (116), ni l'exercice de poursuites pénales si les actes régularisés constituaient des infractions (117).

(114) Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, L.G.D.J., 1973, préface de P. HEBRAUD, n^os^ 11 et s., n^os^ 53 et s., n^os^ 318 et s. ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil — Les obligations*, t. I^er^, *Les sources*, 2^e^ éd., 1988, n° 227 ; GHESTIN, *Le contrat*, n^os^ 800, 802 et s., 811 et s. ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 592 ; LEGROS, *op. cit., Rev. soc.*, 1991, p. 308, n° 54 et p. 315, n° 73 ; comparer, pour la définition de régularisation en droit administratif, J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français. Essai sur la régularisation de l'acte administratif unilatéral*, préface de J. VEDEL, L.G.D.J., 1981, spécial. pp. 9 et s.

(115) HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 681 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 815 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 593, qui relève la similitude de cette règle avec celle en vertu de laquelle la ratification d'un acte ne peut porter atteinte aux droits acquis par les tiers dans l'intervalle (voir les nombreuses références citées note 116) ; pour un cas d'applicationn, VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 283 (irrecevabilité de l'action introduite par une société irrégulière en dépit de sa régularisation ultérieure).

(116) HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n° 794 ; ESCARRA et RAULT, t. II, n° 837 ; DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 332, p. 232 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 681 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 593 ; LEGROS, *op. cit., Rev. soc.*, 1991, p. 315, n° 73.

(117) HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n° 794 ; ESCARRA et RAULT, t. II, n° 837 ; DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 332, p. 232 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, n° 681 ; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, t. I^er^, n° 229 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 815 ; *comparer* : LEGROS, *op. cit., Rev. soc.*, 1991, p. 314, n° 71, suivant lequel les actes constituant des infractions ne pourraient être régularisés, cette solution est excessive et n'est pas supportée par les arrêts cités par cet auteur à l'appui de sa position (Cass. fr. (Crim.) 9 mai 1973, *D.*, 1974, p. 271, note BOULOC et 3 octobre 1983, *D.*, 1984, I.R., p. 48 : l'accord des associés ou l'assentiment de l'assemblée générale ne peut faire disparaître à lui seul le caractère délictueux de prélèvements de biens sociaux).

26. — *Distinction de la confirmation.* La confirmation est la renonciation pure et simple en connaissance de cause à se prévaloir de la nullité d'un acte (118).

Tout comme la régularisation, elle est un mode de consolidation des actes nuls. Elle s'en distingue cependant par plusieurs aspects : elle revêt un caractère subjectif, elle ne produit ses effets qu'à l'égard du renonçant, elle ne fait pas disparaître le vice dont l'acte était affecté (119).

Si elle a perdu une grande partie de son intérêt en raison de la possibilité de régulariser les actes nuls, elle conserve néanmoins une certaine importance en droit des sociétés tant qu'il n'a pas été remédié à l'irrégularité en cause. Il s'agit alors de déterminer s'il est possible de renoncer à la règle méconnue. Cette question ne peut être résolue qu'en fonction de l'intensité des intérêts protégés, et sera dès lors examinée dans la deuxième partie (*infra* III).

27. — *Distinction de la prescription.* Tandis que la régularisation remédie au vice matériel dont l'acte était affecté en le faisant disparaître, la prescription le consolide en opposant un obstacle d'ordre procédural à l'exercice de l'action en justice (120).

28. — *Champ d'application.* En droit commun privé, la doctrine se plaît à souligner le caractère exceptionnel de la régularisation car elle est contraire au principe selon lequel la validité d'un acte s'apprécie au moment de sa formation (121). S'il est bien admis que des événements postérieurs à sa forma-

(118) DE PAGE, t. II, n° 784 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, préface de J. FLOUR, L.G.D.J., 1972, n^{os} 10 et s. ; GHESTIN, *Le contrat*, n^{os} 816 et s. ; STARK, ROLAND et BOYER, *Droit civil — Les obligations*, t. II, Litec, 1989, n° 862 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 33, n° 144 ; BASTIAEN et THOREAU, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 82 ; LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 316, n° 75 ; comparer A. BRETON, V° *Confirmation*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, n° 10.

(119) COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, n^{os} 13 et 153 et s. ; DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 40, pp. 24-25 et n° 54, p. 35 ; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, t. I^{er}, n° 225 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 846 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 115, n° 37 ; LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, pp. 307-308, n° 54, pp. 317-318, n° 79, p. 321, n° 84.

(120) DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n^{os} 34 et s.

(121) VIEUJEAN, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 609 ; LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, n° 55.

tion ne peuvent entraîner la nullité d'un acte (122), il est toutefois permis de s'interroger sur la transposition de ce principe aux actes nuls. En effet, il n'existe aucune raison pour laquelle des événements postérieurs ne pourraient valider un acte (123).

Si les cas de régularisation restent rares en droit civil (124), la doctrine et la jurisprudence ont en revanche très largement admis cette faculté en droit des sociétés depuis la réforme du 6 mars 1973, bien que ni les lois coordonnées ni la première directive ne la réglementent (125). Elle est désormais consacrée en matière de fusion et de scission par la loi du 29 juin 1993 (art. 174/16, § 2 et art. 194*bis*, al. 1er, L.C.).

29. — *Conditions.* Procédé de validation objective, la régularisation suppose que l'acte qu'elle tente de consolider existe encore au moment où elle intervient et soit affecté d'un vice objectif, la gravité de celui-ci étant indifférente.

(i) La régularisation n'a aucune force créatrice par elle-même : elle ne peut que remédier à des actes, certes viciés, mais préexistants (126). Lorsque l'annulation d'un acte opère avec effet rétroactif, il n'en reste rien ; « *l'acte est censé être dépourvu de toute existence juridique après son annulation par le*

(122) Voir p. ex. P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine modernes », *R.C.J.B.*, 1970, p. 335, n° 5 ; tout au plus peuvent-ils entraîner sa caducité ; sur la théorie de la caducité des contrats par disparition de l'un de leurs éléments essentiels, v. p. ex. Cass. 28 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 369, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, note FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause » ; Cass. 16 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 331, *R.G.D.C.*, 1990, p. 254, obs. RAUCENT, p. 261, *Rev. Not.*, 1990, p. 240, *Ann. Liège*, 1990, p. 334, obs. DELNOY, *R.C.J.B.*, 1993, p. 73, note (critique) NUDELHOLE, « Une donation est-elle frappée de caducité par la disparition de sa cause, survenue postérieurement à la dissolution du contrat ? » ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 725 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, nos 509 et s. ; FORIERS, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, pp. 156 et s.

(123) DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 345.

(124) Voir p. ex. l'article 185 du Code civil (écartant l'annulation d'un mariage contracté par des époux n'ayant pas l'âge requis lorsque la femme a conçu), l'article 891 du Code civil (permettant au copartageant d'éviter la rescision pour lésion en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire), l'article 1681 du Code civil (permettant à l'acquéreur d'un immeuble d'éviter la rescision pour lésion en payant le supplément de juste prix) ; pour d'autres exemples, DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 5 et nos 62 et s. ; GHESTIN, *Le contrat*, nos 805 et s.

(125) Comparer, en droit français, avec l'article 362 de la loi du 24 juillet 1966.

(126) DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 43.

juge » ; par conséquent, un acte qui a été annulé ne peut plus faire l'objet d'une régularisation (127).

De même, la théorie de l'inexistence pourrait également faire obstacle à la régularisation (128), mais cette théorie est actuellement rejetée (*supra*, n° 12). Sans doute les clauses réputées non écrites manifestent-elles une certaine forme d'inexistence (*supra*, n° 13), mais la question même de la régularisation ne se pose pas à leur propos puisqu'il est impossible de régulariser des actes interdits, sinon par leur suppression pure et simple (129).

(ii) En principe, la régularisation doit, pour être efficace, intervenir avant l'introduction de l'action en nullité. En effet, elle ne peut porter atteinte aux droits acquis par les tiers dans l'intervalle (*supra*, n° 22) ; comme la recevabilité d'une action s'apprécie à la date de la citation (130), les tiers en droit de se prévaloir de la nullité à cette date ne peuvent s'en voir ultérieurement privés par une régularisation.

Toutefois, en droit des sociétés, le principe selon lequel la nullité opère sans effet rétroactif et ne produit ses effets qu'à partir du prononcé de la décision d'annulation (*supra*, n° 19) interdit au juge d'annuler une société lorsque le vice a disparu au moment où il statue, de sorte que la régularisation est possible en cours d'instance (131).

La doctrine s'accorde même à reconnaître au juge la faculté d'accorder un délai de régularisation par une application extensive de l'article 1244, al. 2 du Code civil du Code

(127) DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 44, p. 27.

(128) P. DIENER, note sous Cass. fr. (Civ.) 22 juin 1976, *D.*, 1977, p. 624, n° 17.

(129) Chambéry 22 novembre 1976, *J.C.P.*, 1979, II, n° 19067 et note BERNARD, *Rev. soc.*, 1977, p. 259, note GUILBERTEAU, *Rev. trim. dr. com.*, 1977, p. 545, obs. HOUIN (impossibilité de régulariser le cautionnement par une société anonyme des engagements personnels d'un administrateur puisqu'il s'agit d'un acte interdit par la loi) ; DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n° 353.

(130) GUTT et LISMEAU, « Examen de jurisprudence sur le droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1980, p. 418, n° 3.

(131) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n^{os} 225 et 226 ; RESTEAU, t. I^{er}, n° 194 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 171 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 222, n° 97 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 294, n° 40 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 114, n° 37 ; VAN DER HAGEN et VERBRAEKEN, *op. cit.*, *J.T.*, 1985, p. 548, n° 9 ; GEENS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1990, p. 1674, n° 73 et p. 1678, n° 80 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 328 et p. 334.

civil (132). En matière de fusion et de scission, l'octroi d'un tel délai est une obligation pour le juge (art. 174/16, § 2 et 174/44, § 2, L.C.).

(iii) La régularisation doit s'effectuer de manière objective indépendamment de toute manifestation de volonté des personnes qui pourraient en être préjudiciées (133). Il s'ensuit que des actes nuls pour absence de consentement, vices de consentement ou incapacité ne peuvent être consolidés de cette manière mais peuvent uniquement être confirmés par la personne intéressée (134). Le cas échéant, si une irrégularité objective a vicié le consentement d'une partie, l'acte ne pourra être consolidé que par une régularisation suivie d'une confirmation.

(iv) Enfin, comme elle fait disparaître le vice dont l'acte était affecté, la régularisation est admise quelle que soit sa gravité ou la nature de la sanction encourue, nullité relative ou absolue (135).

30. — *Actes régularisables.* Il résulte de ces principes qu'en droit des sociétés les actes suivants sont susceptibles de faire l'objet d'une régularisation :

(i) L'acte constitutif de la société (136).

Le plus fréquemment, la régularisation concerne des vices de forme, mais elle peut également réparer des vices de fond.

La régularisation est possible même si le vice résulte de l'illicéité de l'objet social ; elle suppose une modification des statuts et éventuellement de l'activité illicite (137).

(132) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 227 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 172.

(133) DUPEYRON, *La confirmation des actes nuls*, n° 54, pp. 35 et s.

(134) DUPEYRON, *La confirmation des actes nuls*, n° 163, p. 241, note 1 et n° 355 ; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, t. I^er^, n° 226 ; *contra* : GHESTIN, *Le contrat*, n^os^ 799 et 804, qui dénonce la casuistique de DUPEYRON, mais au prix d'un amalgame entre la confirmation et la régularisation.

(135) DUPEYRON, *La confirmation des actes nuls*, n^os^ 343 et 353 ; HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, t. I^er^, 2^e^ vol., n° 457 ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 811 ; *contra*, à tort, VANDERHAEGEN et VERBRAEKEN, *op. cit.*, *J.T.*, 1974, p. 134, n° 38.

(136) RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 225 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n^os^ 171 et s. ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 114, n° 37 ; GEENS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1990, p. 1678, n° 80.

(137) COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, n° 175 ; SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 223, n° 97 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 115, n° 37 ; BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 334 ; *contra* : VANDERHAEGEN et VERBRAEKEN, « L'adaptation de la législation belge à la pre-

Selon certains auteurs, il ne serait pas possible de régulariser une société unipersonnelle autre que la société privée à responsabilité limitée unipersonnelle en lui adjoignant de nouveaux associés en nombre suffisant, au motif qu'en réalité il ne s'agit pas d'une société et que l'addition de nouveaux associés donne naissance à une société distincte (138). Cette opinion repose sur une pétition de principe et elle doit être rejetée (139). La régularisation concerne précisément les actes affectés d'un vice tel qu'ils ne correspondent pas à la définition légale ; écarter cette possibilité pour ce motif est contraire à la notion même de régularisation.

(ii) Les modifications statutaires nulles pour absence d'acte authentique (140), en ce compris les transformations (141).

Les autres causes de nullité des modifications statutaires ne sont susceptibles d'être régularisées que jusqu'à l'introduction de l'action puisque conformément au droit commun l'annulation opère avec effet rétroactif (*supra*, n^{os} 20 et 26-ii) (142).

(iii) Les fusions et scissions (143).

Le législateur a toutefois écarté la possibilité de régulariser les opérations qui présentent les caractéristiques essentielles de la fusion ou de la scission mais qui sont accompagnées du paiement aux associés ou actionnaires d'une soulte en espèces dont

mière directive de la C.E.E. relative aux sociétés — La loi du 6 mars 1973 », *J.T.*, 1974, p. 134, n° 38 ; la solution est différente en droit français : art. 362 L. 24 juillet 1966 ; HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, t. I^{er}, 2^{e} vol., n° 457 ; HEMARD, TERRE et MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. III, Dalloz, 1978, n° 672, 675 ; RIPERT et ROBLOT, t. I^{er}, n° 756 ; GUYON, *Droit des affaires*, n° 157 ; DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n^{os} 195 et s. ; SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, n° 171 ; HANNOUN, *op. cit., Rev. soc.*, 1991, p. 54, n° 12 ; LEGROS, *op. cit., Rev. soc.*, 1991, p. 314, n° 70.

(138) SIMONT, *op. cit., R.P.S.*, 1974, p. 224, n° 97 ; VANDERHAEGEN et VERBRAEKEN, *op. cit., J.T.*, 1974, p. 134, n° 38 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 115, n° 37 ; VANDERHAEGEN et VERBRAEKEN, *op. cit., J.T.*, 1985, p. 548, n° 9 ; voir également GEENS, *op. cit., T.P.R.*, 1990, p. 1673, n^{os} 69 et s., qui considère que la possibilité de régularisation n'existe que dans la mesure où la société a une apparence d'existence.

(139) COIPEL, *Dispositions communes*, n° 174.

(140) Comm. Bruxelles (réf.) 9 février 1988, *J.T.*, 1988, p. 220, spécial. pp. 226-227, réformé par Bruxelles 1er mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 232 mais sur d'autres points ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 428 ; SIMONT, *op. cit.*, in *Les sociétés commerciales*, p. 123, n° 42 ; M. WIJCKAERT, « De formaliteiten en de voorwaaarden van een kapitaalverhoging buiten voorrkeurrecht in het kader van het toegestaan kapitaal », *T.R.V.*, 1988, p. 145.

(141) Grenoble 31 mai 1983, *J.C.P.* 1984. II. 20177, note REINHARD ; P. SERLOOTEN, V° *Transformations de sociétés*, J.-Cl., Sociétés traité, fasc. 33, n^{os} 73 et s. ; D. LANGE, V° *Transformation*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n^{os} 93 et s.

(142) Comm. Bruxelles 9 février 1988, *J.T.*, 1988, p. 220, spécial. p. 227.

(143) Voir TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 594.

la valeur excède excède 20 % de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable (comparer la rédaction des articles 174/16, § 2 et 194*bis*, al. 1er avec celle des articles 174/1, § 3, al. 1er et 194*bis*, al. 2).

Il a estimé que cette solution n'est pas contraire au texte des troisième et sixième directives, qui imposent toutefois de donner un délai aux sociétés pour régulariser la situation (art. 22, § 1er de la troisième directive et art. 19, § 1er de la sixième directive) au motif qu'une telle opération ne constitue pas une fusion ou une scission au sens technique (144).

Ce raisonnement ne peut être approuvé. En effet, les règles spéciales en matière de nullité visent précisément les actes qui présentent l'apparence d'une opération conforme à la loi mais qui sont affectés d'un vice tel qu'ils ne correspondent pas exactement à la définition qu'en donne la loi. Les écarter pour ce motif revient donc à les méconnaître (145). Il est en outre permis de mettre en doute la conformité de la loi belge aux troisième et sixième directives (146).

(iv) Les décisions des assemblées générales (autres que les modifications statutaires pour absence d'acte authentique et les modifications de structure) ne paraissent pouvoir être régularisées que dans des conditions particulières (147).

En effet, la plupart des irrégularités relatives aux assemblées générales affectent d'une manière ou d'une autre le consentement des associés ou actionnaires, soit que certains d'entre eux en soient écartés et ne puissent faire valoir leur opinion (exclusion, refus d'accès à la réunion, etc.), soit qu'ils ne bénéficient que d'une information incomplète ou incorrecte en raison de l'inobservation des formalités requises par la loi ou les statuts (convocation tardive, absence de communication

(144) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions, les lois sur les sociétés commeerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1989-1990, Exposé des Motifs, n° 1214/1, p. 5 et p. 24.

(145) TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 569.

(146) TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 569, *in fine*.

(147) La régularisation est plus largement admise en droit français grâce à un texte exprès (art. 1844-13 du Code civil et art. 363 L. 1966) : v. p. ex. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, n° 171, p. 125 ; GUYON, V° *Assemblées générales*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 294.

des rapports imposés par la loi, délibération sur des points étrangers à l'ordre du jour, etc.).

Si la société peut partiellement remédier à ces irrégularités en admettant les associés ou les actionnaires exclus et en accomplissant les formalités requises, il faut encore une nouvelle manifestation de volonté des associés ou actionnaires pour couvrir la nullité.

En d'autres termes, la consolidation des décisions viciées des assemblées générales suppose des mesures à la fois objectives et subjectives, une régularisation suivie d'une confirmation (148).

Cette analyse permet de réfuter l'idée selon laquelle les décisions frauduleuses ne sont pas régularisables. En réalité, elles le sont si la régularisation s'accompagne d'une confirmation par les victimes de la fraude.

Le caractère déclaratif de la décision prononçant l'annulation de décisions d'assemblées générales et le principe suivant lequel la régularisation ne peut porter atteinte aux droits acquis par des tiers dans l'intervalle fait toutefois obstacle à ce que la régularisation intervienne après l'introduction de l'action en nullité par un tiers (*supra*, n° 27-ii).

31. — *Modalités de la régularisation.* La régularisation peut être volontaire ou forcée.

La régularisation volontaire est celle à laquelle procède spontanément la société, le cas échéant après l'intentement d'une action en nullité par un tiers.

La régularisation forcée est celle ordonnée par le tribunal saisi par un tiers intéressé (149).

32. — *Indifférence de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* La possibilité de régulariser la plupart des actes en droit des sociétés fait assurément disparaître le

(148) DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n^{os} 163 et s.

(149) Voir, en droit français, art. 6 et 366 de la loi du 24 juillet 1966 ; DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, n^{os} 192 et 252 et s. ; LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, pp. 308-310, n° 55-59 ; LANGE, V° *Transformation*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 94.

majeur intérêt de la distinction entre causes de nullité relative et absolue en droit des sociétés (150).

Cette faculté est en effet admise sans avoir égard au caractère, simplement impératif ou d'ordre public de la règle méconnue ou à la nature de la sanction encourue, les exceptions (clauses réputées non écrites, actes interdits, actes déjà annulés ; *supra*, n° 30-i) étant étrangères à ces distinctions.

33. — *Autres solutions.* Le souci de restreindre dans un but de stabilité juridique les cas de nullité peut être rencontré par d'autres solutions que celle qui consiste à permettre à la société de régulariser le vice qui affecte son acte constitutif ou les modifications de ses statuts.

Ainsi, en droit allemand, italien, néerlandais et suisse, l'accomplissement de formalités déterminées (généralement l'inscription au registre de commerce ou des entreprises) a un effet de guérison en ce sens que la nullité des actes qui ont été ainsi enregistrés ne peut plus être demandée (151).

I. — *Glissement vers l'action en responsabilité*

34. — *Droit commun.* En droit commun, l'exercice d'une action en nullité n'exclut pas une action en responsabilité contre les auteurs de l'irrégularité (152).

(150) SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, n° 171, pp. 125-126 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 582.

(151) Voir, pour les vices affectant l'acte constitutif, en droit néerlandais, art. 4, al. 2 et 21 al. 1 a boek II B.W. (déclaration ministérielle et passation de l'acte constitutif devant notaire) ; VAN DER HEIJDEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 12e éd., par VAN DER GRINTEN, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, n° 134 ; DE MONCHY et TIMMERMAN, *De nieuwe algemene bepalingen van boek II B.W.*, Preadvies van de vereeniging 'handelsrecht' 1991, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, p. 14 ; G. NOORDRAVEN, « De nietige vennootschap », *T.V.V.S.*, 1992, p. 282 ; en droit suisse, art. 643. 2 du Code des obligations (inscription sur le registre du commerce) ; 2e Cour de droit public 5 mars 1981, *ATF* 107 Ib 12, *JdT* 1983 142 ; 7 juin 1984, *ATF* 101 Ib 105, *JdT* 1986 144 ; F. DE STEIGER, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, Lausanne, Payot, 1973, p. 140 ; M. NEESE, *Fehlerhafte Gesellschaften*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 58 et p. 61 ; pour les vices affectant la fusion, en droit allemand, art. 352 a et 353 § 9 AktG ; en droit italien, art. 2504*quater* du Code civil ; sur les problèmes posés par cette solution : TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 562 note 1, et les références citées.

(152) HOUPIN et BOSVIEUX, t. Ier, nos 805 et s. ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. III, nos 722 et s. ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 937 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 602 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 331-1°.

Par ailleurs, le demandeurs peuvent substituer une demande en dommages-intérêts à une action en nullité lorsque cette dernière s'avère impossible ou inopportune (153).

35. — *Importance accrue des actions en responsabilité.* Tout naturellement, dès lors que les diverses caractéristiques examinées réduisent les possibilités de demander la nullité d'actes et de décisions en matière de droit des sociétés, il est permis de penser que les litiges se résoudront davantage par le biais d'actions en responsabilité contre les auteurs de l'irrégularité dénoncée (154).

La substitution d'actions en responsabilité à des actions en nullité prive assurément d'intérêt la distinction entre les dispositions impératives et d'ordre public, les nullités relatives et absolues.

J. — *Domaine du régime spécial des nullités en droit des sociétés*

36. — *Actes visés.* Les considérations qui précèdent ont montré que le régime spécial de nullités propre au droit des sociétés et dérogatoire au droit commun s'applique essentiellement aux actes suivants :

— la constitution des sociétés dotées de la personnalité juridique, le régime des sociétés anonymes, en commandite par actions, privées à responsabilité limitée et coopératives présentant à cet égard davantage de particularités que celui des sociétés en nom collectif ou en commandite simple ;
— les délibérations de l'assemblée générale ;
— les modifications statutaires, en ce compris les transformations, surtout pour absence d'acte authentique ;

(153) Comm. Anvers 23 septembre 1952, *R.P.S.*, 1953, p. 110, spécial. p. 122 ; Ghestin, *Le contrat*, n° 937 ; Coipel, *Dispositions communes*, n° 331-1° ; Van Ryn et Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1958, p. 83, n° 27, 1981, p. 404-405, n° 72.

(154) Pour cette observation à propos des irrégularités des assemblées générales, Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 116, n° 16 ; Guyon, V° *Assemblées générales*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 277 ; des transformations, P. Serlooten, V° *Transformations de sociétés*, J.-Cl., Sociétés traité, fasc. 33, n°s 73 et s. ; des fusions et scissions, Tilquin, *Traité des fusions et scissions*, n° 562 ; Bolze, V° *Fusion et scission*, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, n° 205 ; en droit italien art. 2504*quater* du Code civil italien ; voir déjà, en faveur de l'indépendance des actions en responsabilité et en nullité, Hemard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, n° 409.

— la fusion et la scission.

37. — *Actes exclus.* Bien que relevant du droit des sociétés, certains actes restent régis dans une très large mesure par le droit commun des nullités, tant pour leurs causes que pour leurs effets, sans doute parce qu'ils revêtent une nature hybride, à la frontière entre le droit des obligations et le droit des sociétés :

— les souscriptions à la société (155),
— les actes relatifs aux sociétés non dotées de la personnalité juridique (associations momentanées et en participation) ;
— à certains égards, les conventions extrastatutaires (pactes de votation, cessions de titres, options sur les titres, clauses d'agrément et de préemption) (156).

38. — *Intérêt.* Dans la mesure où l'ordre public s'appréhende par les nullités que commande sa méconnaissance (*supra*, n° 2), il est permis de considérer que pour les actes de droit des sociétés assujettis au droit commun la notion classique d'ordre public reste valable.

L'existence éventuelle d'une gradation dans l'ordre public en droit des sociétés ne peut dès lors être recherchée qu'à partir des actes auxquels s'applique le régime spécial des nullités.

III. — Les divers degrés de l'ordre public en droit des sociétés

39. — *Critère de la distinction proposée.* En droit commun, il est bien admis que les lois impératives et d'ordre public se différencient en fonction de l'intensité des intérêts sanctionnés, les premières protégeant des intérêts privés et pouvant dans cette mesure faire l'objet d'une renonciation, tandis que les secondes touchent aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la

(155) Voir Coipel, *Dispositions communes*, n° 161 ; Van Ommeslaghe, *op. cit.*, *C.D.E.*, 1969, pp. 657 et 662 ; Van Ryn et Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973, p. 389, n° 35 ; Ronse e.a., « Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen », *T.P.R.*, 1986, p. 867, n° 9 ; K. Geens, « De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap », *T.P.R.*, 1990, p. 1649, n° 27 ; Benoît-Moury, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, p. 299.

(156) Sur les limites de la « *contractualisation* » de la société, voir Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, pp. 723 et s., n^{os} 59 et s.

collectivité (*supra*, n° 3) et ne peuvent dès lors jamais être écartées.

La question se pose exactement dans les mêmes termes en droit des sociétés, toute gradation dans l'ordre public ne pouvant s'établir qu'en tenant compte des personnes ou des catégories de personnes protégées par la règle en question.

Toutefois, en droit des sociétés, outre qu'elle ne se justifie guère au regard de la relative uniformité du régime de la nullité (*supra*, II), la distinction traditionnelle entre les lois impératives et d'ordre public occulte et méconnaît la prise en considération d'intérêts intermédiaires entre ceux purement privés de chaque associé, actionnaire ou « *participant* » (157) et ceux du public en général : ceux de la collectivité des associés, actionnaires ou participants (158) et ceux de l'ensemble des personnes intéressées par le fonctionnement de la société (associés, actionnaires et participants, créanciers, travailleurs, concurrents, etc.) (159).

L'existence de ces divers « *cercles d'intérêts* » (160) invite à discerner, entre les dispositions simplement impératives qui

(157) Sur la notion de « *participant* » comme désignant tout sujet de droit ne pouvant être qualifié de tiers ou d'associé, tels que les usufruitiers, obligataires, porteurs de warrants, etc., voir A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préface de F. TERRE, L.G.D.J., 1978, n^{os} 263 et s.

(158) Sur l'émergence d'un intérêt collectif, à distinguer de l'intérêt social, Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J., 1991, pp. 100 et s., n^{os} 136 et s. ; TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 122, n° 21 ; voir également, sur la distinction de l'intérêt de l'ensemble des actionnaires de leur intérêt individuel, J.-M. NELISSEN-GRADE, « De la validité de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales », note sous Cass. 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 233-234, n^{b} 35.

(159) Sur la notion d'intérêt social comme manifestation d'un équilibre entre les intérêts homogènes et hétérogènes entourant la société et comme concept de gestion, TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 122, n° 21, pp. 130 et s., n^{os} 31 et s. ; voir également M. COIPEL, « Le problème crucial des conflits entre l'intérêt personnel de l'associé unique et l'intérêt social », in *La société unipersonnelle*, Bruylant, 1988, pp. 196-197 ; *comparer* avec les définitions plus traditionnelles de l'intérêt social comme la synthèse des intérêts des associés ou l'intérêt collectif des associés envisagé de manière évolutive (parmi les études les plus récentes et les plus complètes, voir notamment K. GEENS, « De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies », *T.R.V.*, 1988, n° spécial, II-19, n° 17, et NELISSEN-GRADE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 232 et s., n^{os} 33 et s., et les nombreuses références citées par ces auteurs).

(160) Cette notion est empruntée au droit administratif (v. p. ex. J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, L.G.D.J., 1966, pp. 6 et s., qui opère une distinction entre le cercle de l'ordre juridique national, le cercle de l'ordre juridique institutionnel et le cercle de l'ordre juridique individuel) mais peut être transposée en droit des sociétés (comparer HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1993, p. 235 note 51).

protègent individuellement chaque associé, actionnaire ou participant et celles d'ordre public classique qui touchent l'intérêt public, un ordre public qui peut être qualifié de sociétaire car il réglemente le fonctionnement de la société, intéresse la collectivité mouvante (161) des associés, actionnaires et participants et met en cause l'intérêt collectif conçu comme l'intérêt de la société (162) et un ordre public économique car il concerne tous les tiers qui traitent avec la société et met en cause l'intérêt social (163) (164).

L'ordre public sociétaire est relativement aisé à distinguer de l'ordre public classique dans la mesure où ses destinataires sont circonscrits aux associés ou actionnaires et « participants », encore que cette qualification puisse donner lieu à des discussions (165).

L'ordre public économique s'oppose à l'ordre public classique dans la mesure où il ne renvoie pas aux principes fondamentaux ou aux valeurs éthiques qui régissent la société mais constitue une notion fonctionnelle qui comporte l'ensemble des mesures par lesquelles le législateur tend à organiser les relations économiques (166). Alors que l'ordre public classique se manifeste essentiellement par des interdictions, l'ordre public économique a une finalité positive et recourt surtout à des

(161) Pour cette expression, voir TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 728, n° 61 *in fine* et le renvoi à la note 526.

(162) Sur le lien entre l'intérêt collectif et l'ordre public sociétaire, TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 728, n° 61 (ii).

(163) Voir, pour des classifications voisines, TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, n° 563, qui distingue les règles impératives au sens strict, sociétaires et extra-sociétaires ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, pp. 48 et s., qui distingue « *trois catégories d'irrégularités : celles qui ont une portée individuelle (et qui relèvent du régime des nullités relatives), celles qui ont une portée restreinte à la collectivité des associés (et qui définissent un ordre public sociétaire), et celles qui ont une portée générale (car elles mettent en cause directement l'intérêt public)* ».

(164) Certains auteurs ont également tenté de dégagé des catégories intermédiaires de nullité en droit civil, mais ces efforts ont eu peu de suites : v. p. ex. *R.P.D.B.*, V° *Nullités*, t. IX, Bruylant, 1951, n^{os} 41 et s. et n^{os} 146 et s. ; RENARD et VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, pp. 270-281 ; BASTIAEN et THOREAU, *op. cit.*, in *Les nullités en droit belge*, pp. 81-82.

(165) Voir en particulier VIANDIER, *La notion d'associé*, spécial., n^{os} 269 et s. et *supra*, note 156.

(166) Sur l'ordre public économique, et en particulier sur la distinction entre l'ordre public classique et l'ordre public économique, G. FARJAT, *L'ordre public économique*, thèse, L.G.D.J., 1963 et *Droit économique*, 2e éd., P.U.F., 1982, pp. 49 et s. ; Ph. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, Story Scientia, 1987, n° 113, p. 119.

procédés de réglementation (formalités, obligation d'information,...) et de contrôle (167).

Certains auteurs semblent avoir aperçu le problème qui résulte de l'existence de ces divers cercles d'intérêts en droit des sociétés, mais l'avoir éludé en faisant remarquer que si les dispositions impératives mettent en cause les intérêts individuels de personnes déterminées, il peut s'agir d'une seule, de plusieurs ou même d'une catégorie, et que si les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par les personnes protégées, la liste de ces dernières peut être plus ou moins étendue (168).

L'existence d'une telle gradation en droit civil peut toutefois être mise en doute. Il existe assurément en droit civil des hypothèses dans lesquelles la nullité relative peut être invoquée par plusieurs personnes, agissant à des titres différents (par exemple l'incapable et ses représentants légaux) ou au même titre (par exemple chacun des époux pour la vente conclue entre eux en violation de l'article 1585 du Code civil ou chacun des covendeurs de l'immeuble vendu pour un prix inférieur aux cinq douzièmes de sa valeur) (169). Elles ne manifestent cependant pas l'existence d'un intérêt collectif. On cherche en vain en droit civil belge des dispositions impératives sanctionnées par des nullités relatives qui protègent des catégories de personnes. En particulier, plutôt que par la nullité, la protection des créanciers est assurée par l'inopposabilité des actes qui leur portent préjudice (170), et celle des

(167) FARJAT, *L'ordre public économique*, n^{os} 242 et s. et *Le droit économique*, pp. 52-53 ; SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, n° 328, p. 400.

(168) P. LE CANNU, note sous Cass. fr. (Com.) 17 janvier 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 249 ; sur ce principe en droit civil, GHESTIN, *Le contrat*, n^{os} 744 et 754 et s.

(169) GHESTIN, *Le contrat*, n^{os} 760 et 761 ; PONSARD et BLONDEL, V° *Nullité*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, n^{os} 46 et s. ; RENARD et VIEUJEAN, *op. cit.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 271.

(170) Sur l'action en inopposabilité comme sanction des actes accomplis en fraude des droits des tiers, DE PAGE, t. III, n^{os} 203 et s., spécial., n^{os} 249 et s. ; GHESTIN, *Le contrat*, n° 827 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 132, n° 221 ; voir cependant, en droit français, l'art. 110 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires, qui ouvre l'action en nullité des actes accomplis par le débiteur depuis la date de cessation des paiements ou dans les six mois précédant, à l'administrateur, au représentant des créanciers, au liquidateur et au commissaire à l'exécution du plan ; les dispositions correspondantes en droit belge (art. 445 et s. de la loi sur les faillites) prévoient toutefois une action en inopposabilité confformément au droit commun de l'action paulienne.

héritiers, par la réduction des libéralités qui excèdent leur réserve (171).

40. — *Intérêt de la distinction proposée.* La distinction proposée permet de déterminer si les règles en cause peuvent subir une renonciation, par qui, à quel moment, et avec quels effets, en particulier en matière de « contractualisation » des structures liées à au capital ou à la gestion, par exemple par le biais des pactes de votation. Elle rend ainsi possible l'appréciation de la licéité des instruments mis en œuvre pour organiser le fonctionnement de la société, ce que la simple référence à la notion de « lois dispositives » (*supra* note 8) ou à l'« institution de droit commercial » conçue comme un ensemble de règles plus ou moins obligatoires selon les cas ne suffit pas résoudre.

(i) Les dispositions simplement impératives protégeant exclusivement des intérêts individuels, le ou les associé(s), actionnaire(s) ou participant(s) protégé(s) peu(ven)t y renoncer après la disparition des motifs qui justifiaient la protection légale.

Dans cette hypothèse, l'article 190*bis*, § 2 des lois coordonnées permet d'opposer une fin de non recevoir à l'action en nullité d'une décision d'assemblée générale introduite par l'associé ou l'actionnaire qui a renoncé à invoquer la nullité (172).

(ii) L'ordre public sociétaire intéressant le fonctionnement de la société et la collectivité des associés, actionnaires ou participants, seul l'organe compétent de la société peut y renoncer après la disparition des motifs qui justifiaient la protection légale (173), en principe à la majorité, dans le respect de l'intérêt collectif, sous réserve du contrôle ultérieur des tribunaux.

(171) Sur l'action en réduction comme sanction des règles qui établissent la réserve, H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, 2e éd., Bruylant, 1973, nos 1398 et s. et nos 1500 et s.

(172) Art. 190*bis*, § 2, L.C. ; Tilquin, *Traité des fusions et scissions*, n° 588 ; Legros, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, pp. 322-324, n° 86-88 ; voir également Bruxelles 8 juillet 1954, *J.T.*, 1954, p. 681 ; Liège 12 janvier 1961, *R.P.S.*, 1962, p. 146, note Coppens ; Cass. 4 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, 802 ; Coipel, *Dispositions communes*, n° 329 ; Ronse, *Preadvies over nietigheid van besluiten...*, p. 31 ; Van Ryn et Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1958, pp. 81-82, n° 27.

(173) T.G.I. Seine 4 octobre 1961, *D.*, 1962, IV, 83 ; Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, p. 126 note 6 (nécessité de l'unanimité) ; comparer Hannoun, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 65, n° 26, qui exclut toute confirmation « *car ceux qui seront affectés par l'irrégularité ne seront pas forcément ceux qui auront compétence pour confirmer l'acte nul* », ce qui paraît excessif.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence admettent également que chaque associé, actionnaire ou participant puisse renoncer individuellement, chacun pour ce qui le concerne, à invoquer le droit collectif en question pourvu qu'il ne le fasse pas de manière prématurée (174).

Une telle faculté doit être nuancée.

D'une part, à moins que cet associé, actionnaire ou participant ne soit le seul préjudicié par sa méconnaissance, une telle renonciation sera généralement inefficace car elle ne vaudra qu'à son égard, ce qui est conforme à l'idée suivant laquelle la confirmation ne produit ses effets que vis-à-vis du seul renonçant (175).

D'autre part, dans la mesure où la règle met précisément en cause l'intérêt collectif, un associé, actionnaire ou participant ne peut y renoncer que pour autant qu'il n'y porte pas atteinte, ce qui traduit la même limite que celle qui assortit le pouvoir de confirmation de l'organe compétent (176).

(iii) L'ordre public économique concernant également les tiers qui traitent avec la société, ni les associés, actionnaires ou participants individuellement, ni l'assemblée générale statuant à la majorité ou même à l'unanimité ne peuvent autoriser ou ratifier un acte qui lui est contraire (177).

Toutefois, tout tiers peut renoncer individuellement pour ce qui le concerne à se prévaloir d'une disposition d'ordre public économique.

(iv) L'ordre public classique concernant l'intérêt général, il n'est pas possible d'y renoncer (v. p. ex. art. 190*bis*, § 2, L.C.).

(174) Cass. fr. (Civ.) 14 juin 1966, *Bull.*, I, n° 362, p. 278 ; SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, p. 126 note 6 ; BASTIAN, note sous Cass. fr. (Civ.) 4 juin 1946, *J.C.P.* 1947. II. 3518.

(175) SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, p. 126 note 6 ; HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 65 ; TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 728, n° 61 ; pour la même idée en droit privé, voir G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, préface de J. FLOUR, L.G.D.J., 1972, n° 299, p. 265, observant que chaque intéressé peut renoncer pour ce qui le concerne à invoquer des nullités d'intérêt général mais que celles-ci peuvent encore être prononcées à la demande de l'un quelconque des autres.

(176) Pour la même idée à propos de la renonciation à apporter ses titres à une offre publique de retrait, voir TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 773, n° 80.

(177) K. GEENS, « De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies », *T.R.V.*, 1988, n° spécial, II-24, n° 25 et les réf. (une décision contraire à l'intérêt social ne peut être prise même à l'unanimité) ; TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 720 note 486.

Pour le surplus, dans la mesure où le régime de la nullité en droit des sociétés est relativement uniforme (*supra*, II), l'intérêt de la distinction proposée est naturellement plus restreint que celui qui résulte en droit civil de l'opposition des règles impératives à celles d'ordre public. En particulier, toute personne justifiant d'un intérêt légitime peut demander la nullité d'un acte irrégulier sans qu'il y ait lieu de réserver l'exercice de cette action aux personnes ou aux catégories de personnes protégées (*supra*, n^os^ 9 et s.), et la plupart des nullités peuvent faire l'objet d'une régularisation par l'organe compétent, cette notion tendant naturellement à se substituer à celle de confirmation (*supra*, n^os^ 22 et s.).

41. — *Mise en œuvre de la distinction proposée.* Il a été dit ci-avant que la principale difficulté en droit civil consistait à déterminer le caractère impératif ou d'ordre public de chaque règle particulière (*supra*, n° 3).

Il serait vain de dissimuler que le même type de difficulté se pose en droit des sociétés. La distinction proposée ne prétend pas y échapper, d'autant moins que le législateur a manifestement mêlé des considérations de protection des associés ou de la société, ou de la société et des tiers dans certaines dispositions. Ainsi, selon la perspective sous laquelle ils sont appréhendés, l'article 73 des lois coordonnées relève à la fois des dispositions impératives et d'ordre public sociétaire, l'article 60 de l'ordre public sociétaire et économique.

Loin d'être gênante, une telle interpénétration des cercles d'intérêts protégés et des degrés de l'ordre public traduit la recherche d'un équilibre toujours délicat entre les préoccupations individuelles, sociétaires et tierces.

Sans aucune prétention d'exhaustivité, la distinction proposée peut être illustrée par les exemples suivants dans l'état actuel du droit positif.

(i) Le Code civil et les lois coordonnées comportent une série de règles qui protègent les droits individuels les associés, actionnaires ou participants envisagés individuellement et auxquelles seuls ces derniers peuvent renoncer.

Parmi ces règles simplement impératives, on peut citer :

— l'article 1871 du Code civil qui permet à chaque associé de demander la dissolution de la société pour justes motifs (178) ;
— l'article 34*bis* des lois coordonnées relatif au droit de souscription préférentielle (179), car il a pour but d'éviter la dilution des droits des actionnaires existants (180). Toutefois, en ce qu'il permet à l'assemblée générale de limiter ou de supprimer le droit de souscription préférentielle dans l'intérêt social aux conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts, l'article 34*bis*, § 4 relève de l'ordre public sociétaire ;
— l'article 41, § 2 des lois coordonnées relatif aux conventions d'agrément et de préemption en tant qu'il règle les diverses étapes de la procédure (181) ;

(178) Cass. 2 février 1973, *Pas.*, 1973, I, 529, *J.T.*, 1973, p. 421, *R.C.J.B.*, 1975, p. 374 et note VAN GELDER et LINSMEAU, « Le respect de la règle de droit par l'arbitre et par l'amiable compositeur » ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXIII, *De la société, du prêt, du dépôt*, Paris, 1907, n° 467 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 494 ; GLANSDORFF et KIRKPATRICK, note précitée, p. 214, n° 8 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 435, n° 94 ; T. TILQUIN, « Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé », *R.P.S.*, 1991, p. 18, n° 14 ; voir cependant, en faveur du caractère d'ordre public de cette règle, Cass. 11 mars 1966, *R.C.J.B.*, 1967, p. 205 et note GLANSDORFF et KIRKPATRICK, « Les statuts d'une société de personnes peuvent-ils conférer à la majorité des associés le pouvoir de dissoudre la société avant le terme convenu ou d'exclure un associé ? » ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. VI, 6e éd., par ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1951, § 384, p. 66 ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. Ier, 3e éd., Paris, Librairie Dalloz, 1925, n° 330 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. Ier, n° 223, p. 275 ; PLANIOL et RIPERT, t. XI, n° 1065 ; DE PAGE, t. V, n° 102.

(179) Y. DESCHAMPS, « La réforme du droit des sociétés — renonciation au droit de souscription préférentielle », *R.N.B.*, 1985, pp. 434 et s. ; H. DUFAUX, « Sociétés anonymes — Renonciation au droit de souscription préférentielle prévu par l'article 34*bis* des lois coordonnées », *R.N.B.*, 1985, p. 534 ; F. BOUCKAERT, « Individuele afstand van het voorkeurrecht : een valkuil », *T.R.V.*, 1992, p. 428 ; comparer LEGROS, *op. cit.*, *Rev. soc*, 1991, p. 319, n° 81 (ordre public de protection).

(180) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1981-1982, Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée notamment de l'examen des lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, n° 210/9, p. 31 ; Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, dans le cadre de l'organisation transparente du marché, des entreprises et des offres publiques d'acquisition, Sénat, sess. 1990-1991, Exposé des Motifs, n° 1107-1, p. 48 ; H. BRAECKMANS, « De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991 », *R.W.*, 1991-1992, p. 1007, n° 15.

(181) VANDERHAEGEN et GOLLIER, *op. cit.*, *J.T.*, 1992, p. 196, n° 21 ; D. VAN GERVEN, « De draagwijdte van de nieuwe regeling inzake overdragbaarheidsbeperkingen », *T.R.V.*, 1992, p. 309, n° 13 ; TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 734, n° 65 (i) ; voir cependant, en faveur du caractère d'ordre public de cette règle, J.-M. NELISSEN-GRADE, « Goedkeurings — en voorkoopsclausules. Overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht », in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Biblo, 1992, p. 64, n° 16.

— l'article 152 des lois coordonnées qui impose le respect des droits de la défense en cas d'exclusion d'un coopérateur ;
— les articles 153 et 154 des lois coordonnées qui permettent à l'associé démissionnaire ou exclu ou aux héritiers de l'associé décédé de recevoir leur part ou celle de leur auteur telle qu'elle résulte du bilan de l'année sociale pendant laquelle se produit la démission, l'exclusion ou le décès (182).

(ii) Nombre de règles intéressent la collectivité mouvante des associés, actionnaires ou participants, ce qui implique que seul l'organe compétent de la société est qualifié pour y renoncer.

Si la règle en cause protège exclusivement la société appréhendée de cette manière, cette décision peut être prise à la majorité. Tel est le cas pour les dispositions suivantes :

— l'article 55 des lois coordonnées relatif à la révocabilité *ad nutum* des administrateurs dans la société anonyme (183). Ce droit relève de l'ordre public sociétaire car il garantit le libre choix des administrateurs par un ensemble d'actionnaires en perpétuel changement (184) mais non par chacun

(182) *Contra* : Comm. Anvers 24 décembre 1907, *J.T.*, 1908, col. 440 ; Gand 25 janvier 1984, *R.P.S.*, 1984, p. 278 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, 3e éd., Larcier, 1936, n° 220 ; T'KINT et GODIN, *Les sociétés coopératives*, Larcier, 1968, n° 401-403 ; A. et K. VAN HULLE et F. HOFKENS, *De coöperatieve vennootschap*, Kluwer, 1989, n° 172 (disposition supplétive).

(183) Sur le caractère d'ordre public sociétaire de cette règle, HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 65, n° 26 ; TILQUIN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1993, p. 727, n° 61 (ii) ; comparer, en faveur du caractère d'ordre public de cette règle, Bruxelles 22 octobre 1902, *Pas.*, 1903, II, 57 ; Cass. 22 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 543, *R.C.J.B.*, 1981, p. 495, note NUDELHOLE, *R.P.S.*, 1981, p. 285, *J.T.*, 1981, p. 342, *R.D.C.*, 1981, p. 338 ; Cass. 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 825, *T.R.V.*, 1989, p. 321, note WIJCKAERT, « De geldigheid van stemovereenkomsten betreffende de besluitvorming ter algemene vergadering — de ad nutum herroepbaarheid van het bestuursmandaat », *R.C.J.B.*, 1991, p. 205, note NELISSEN-GRADE ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, 5e éd., par AMIAUD, L.G.D.J., 1929, n° 812, pp. 239 et s. ; L. FRÉDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. V, Gand, Fecheyr, n° 420, p. 608 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. Ier, 1re éd., Bruylant, 1954, n° 586, p. 386 ; en faveur de son caractère simplement impératif : Bruxelles 24 mai 1960, *R.P.S.*, 1961, p. 167 ; M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, in *Répertoire Notarial*, t. XII, livre II, Larcier, 1982, n° 334 ; J. RONSE, « Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen », *T.P.R.*, 1964, p. 105, n° 75 ; RONSE, NELISSEN-GRADE, VAN HULLE, LIEVENS et LAGA, « Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen », *T.P.R.*, 1986, p. 996, n° 160 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1967, pp. 334-335, n° 42 ; D. VAN GERVEN, « Kan het *ad nutum* karakter van de opdracht van bestuurder in een N.V. worden afgezwakt ? Enkele woorden over het ontslag van bestuurders in een N.V. », *T.R.V.*, 1988, pp. 48 et s.

(184) Sur cette justification de la règle, LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 812, p. 240.

d'entre eux envisagé isolément (185). L'assemblée générale peut toutefois y renoncer, à la majorité car elle seule dispose du pouvoir de révocation ;

— l'article 60 des lois coordonnées relatif aux conflits d'intérêts, pour les mêmes motifs. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse dans laquelle l'avantage procuré au détriment de la société porte préjudice aux tiers, qui relève davantage de l'ordre public économique (186) ;

— l'article 74*ter*, § 1er des lois coordonnées relatif aux pactes de votation dans la mesure où ils sont appréhendés de manière statique comme portant structurellement atteinte au fonctionnement de la société, par exemple en cas de contrariété à l'intérêt social (187) (188).

En revanche, si le droit en question a été instauré à la fois dans l'intérêt de la société et dans celui de chacun des associés, actionnaires ou participants envisagés individuellement, l'assemblée générale ne peut y renoncer qu'à l'unanimité des intéressés (189). Les dispositions suivantes revêtent un tel caractère, car elles constituent non seulement des règles de fonctionnement de l'assemblée générale (mise en cause de l'intérêt collectif), mais également des prérogatives de chaque associé, actionnaire ou participant (mise en cause de leurs intérêts individuels) :

— les articles 73 et 78 des lois coordonnées relatifs aux formalités de convocation, et de manière plus générale les règles

(185) Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 728, n° 61.

(186) Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 720, n° 57 (ii) et (iii).

(187) Voir cependant, en faveur du caractère d'ordre public de cette règle, Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché, des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1990-1991, Rapport fait au nom de la Commission *ad hoc* Sociétés commerciales par MM. Verhaegen et Bayenet, n° 1107-3, p. 121 ; *id.*, Ch. Repr., sess. 1990-1991, Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par Merckx-Van Goey, n° 1645-2, p. 15 et p. 19 ; Nelissen-Grade, *op. cit.*, in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, p. 87, n° 64 ; H. Braeckmans, « De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991 », *R.W.*, 1991-1992, p. 1011, n° 25 ; J. Lievens, *De nieuwe vennootschapswet*, p. 130 ; Vanderhaegen et Gollier, *op. cit.*, *J.T.*, 1992, p. 188, n° 8, p. 196, n° 21 et p. 201, nos 37 et 38.

(188) Sur la distinction entre l'appréhension statique et dynamique des pactes de votation, voir Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 739, n° 68.

(189) Il faut voir dans l'exigence de l'unanimité, non pas une résurgence de la notion de droits individuels, mais une manifestation de la protection des droits attachés aux titres concernés : pour cette distinction, voir Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1991, pp. 6 et s.

qui garantissent l'accès de chaque associé, actionnaire ou participant à l'assemblée générale ;

— l'article 74 qui permet à tous les actionnaires de voter par eux-mêmes ou par mandataire (190) ;

— l'article 74*bis*, § 2, al. 1er, suivant lequel chaque action donne droit à une voix (191) ;

— les dispositions relatives à la suspension du droit de vote (192) ;

— les règles relatives à la tenue de l'assemblée (abus de majorité, inobservation du quorum requis, délibération sur des points étrangers à l'ordre du jour) (193) ;

— l'article 75, al. 2 relatif aux limitations du droit de vote des actions sans droit de vote ;

— l'article 126 des lois coordonnées relatif à l'agrément (194) ;

— diverses dispositions instaurées par la loi du 29 juin 1993 mettent en œuvre un tel principe, en prévoyant l'unanimité, selon les cas, de tous les actionnaires ou associés (art. 174/32 L.C. : renonciation aux rapports de l'organe d'administration ou du reviseur/expert comptable en cas de scission), ou des actionnaires ou associés présents ou représentés (art. 173/34, § 4, L.C : répartition non proportionnelle des actions ou parts des sociétés bénéficiaires en cas de scission).

(iii) Les règles d'ordre public économique comprennent notamment :

— l'article 17 des lois coordonnées qui prévoit la responsabilité personnelle et solidaire des associés en nom collectif et

(190) Sur le caractère d'ordre public de cette disposition, RESTEAU, t. II, n° 1150.

(191) Voir cependant, sur le caractère d'ordre public de cette règle, J. BAUGNIET, *La réglementation du droit de vote dans les sociétés anonymes*, Bruylant, 1935, n° 48, p. 43 ; VAN RYN, t. Ier, n° 511 ; RESTEAU, t. II, n° 1150 ; M. WIJCKAERT, « De bepaling van de fractiewaarde van aandelen zonder nominale waarde in de n.v., en van de aan deze aandelenverbonden rechten », *T.R.V.*, 1991, p. 391, n° 14 ; NELISSEN-GRADE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1991, p. 225, n° 20.

(192) Comparer FRÉDERICQ, t. V, n° 489, p. 693 (caractère d'ordre public).

(193) Comparer HANNOUN, *op. cit.*, *Rev. soc.*, 1991, p. 65, n° 26, selon lequel toute confirmation doit être écartée.

(194) Voir cependant, en faveur du caractère d'ordre public de cette disposition, FRÉDERICQ, t. V, nos 644 et 647 ; en faveur de son caractère impératif, Comm. Anvers 15 septembre 1958, *R.P.S.*, 1961, p. 292, note T'KINT ; en faveur de la simple inopposabilité des cessions non agréées, Comm. Anvers 8 novembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 372 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1967, p. 359, n° 64.

des associés commandités, car il s'agit de garantir le crédit de la société (195). Un tiers peut toutefois par une convention spéciale renoncer à la responsabilité personnelle ou solidaire d'un, de plusieurs ou de tous les associés (196), faculté qui n'est guère compatible avec la notion classique d'ordre public mais qu'admet précisément l'ordre public économique conçu comme instrument de protection des tiers ;

— l'article 52*bis* relatif au rachat par la société anonyme de ses propres titres, car cette opération porte atteinte au capital social envisagé comme une garantie des créanciers ;

— l'article 52*ter*, des lois coordonnées qui interdit à la société anonyme d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions ou de ses parts bénéficiaires par un tiers (voir également l'article 128*ter* en matière de sociétés privées à responsabilité limitée) (197), car cette prohibition est inspirée par le souci de protéger le capital social (198) ;

— l'article 60, § 3 des lois coordonnées dans la mesure où l'avantage procuré au détriment de la société porte préjudice aux tiers (199) ;

— l'article 72*bis* des lois coordonnées relatif aux réductions de capital par remboursement aux actionnaires ou par dispense du versement du solde de leurs apports ;

(195) Sur le caractère d'ordre public de cette règle, VAN RYN, t. I^er^, n° 409 ; voir également LACOUR et BOUTERON, t. I^er^, n° 307 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. I^er^, n° 159 ; *R.P.D.B.*, V° *Société en nom collectif*, n° 14.

(196) LACOUR et BOUTERON, t. I^er^, n° 307 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. I^er^, n° 159 ; VAN RYN, t. I^er^, n° 409.

(197) Comparer, en faveur du caractère d'ordre public de cette règle, P. VAN OMMESLAGHE, « Le maintien du capital des sociétés anonymes », *Ann. dr. Louvain*, 1985, p. 172, n° 20 ; en faveur de son caractère simplement impératif, VANDERHAEGEN et VERBRAEKEN, *op. cit.*, *J.T.*, 1985, p. 561, n° 62.

(198) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1982-1983, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Pede, n° 390/2, p. 26 ; M. MASSAGÉ, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (Loi du 5 décembre 1984)*, Swinnen, 1985, p. 159, n° 110 ; TILQUIN et PRIOUX, « Management buyouts et leveraged management buyouts : considérations de droit des sociétés et de droit fiscal », *Rev. Banque*, 1989, p. 204, n° 34.

(199) TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 720, n° 57 (ii).

— l'article 103 des lois coordonnées car il vise à protéger tant les actionnaires que les tiers contre la poursuite d'une activité déficitaire (200).

(iv) Enfin, les dispositions suivantes intéressent l'ordre public classique :

— les articles 1131, 1133 et 1833 du Code civil relatifs à la licéité de l'objet et de la cause de la société ;

— l'article 1855 du Code civil qui prohibe les clauses léonines (201) dans la mesure où il touche à l'*affectio societatis* considéré comme une caractéristique essentielle de la société (202) (203) ;

— les articles 1865-5° et 1869 du Code civil qui permettent à chaque associé de demander la dissolution des sociétés à durée illimitée, car ils constituent une application du prin-

(200) Comparer, en faveur du caractère d'ordre public de cette disposition, MASSAGÉ, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes*, n° 132, p. 187 ; en faveur de son caractère simplement impératif : RESTEAU, t. II, n° 1304 ; B. VAN BRUYSTEGEM, *De vennootschappenwet 1986*, Kluwer, 1986, p. 127 ; L. DABIN, « L'évolution des conditions de constitution des sociétés anonymes et des sociétés privées à responsabilité limitée », in *Les sociétés commerciales*, Editions du Jeune Barreau, 1985, p. 40, n° 24 ; VANDERHAEGEN et VERBRAEKEN, *op. cit., J.T.*, 1985, p. 564, n° 75.

(201) En faveur du caractère d'ordre public de cette règle, Bruxelles 3 décembre 1986, *R.P.S.*, 1987, p. 45, note VAN GERVEN, *R.D.C.*, 1988, p. 25, *R.C.J.B.*, 1989, p. 542, note COIPEL ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^er^, n° 188 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Contrats civil*, 2^e^ partie, par ROUAST, LEPARGNEUR, SAVATIER et BESSON, L.G.D.J., 1954, n° 1044 ; FRÉDERICQ, t. IV, n° 49 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruylant, 1952, n° 70 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1967, p. 585, n° 5 ; VAN OMMESLAGHE et DIEUX, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, p. 606, n° 13.

(202) Voir pour une analyse divergente et par conséquent en faveur du caractère simplement impératif de l'article 1855 du Code civil : M. COIPEL, « Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil », note sous Bruxelles 3 décembre 1986, *R.C.J.B.*, 1989, p. 568, n° 17 et pp. 581-582, n^os^ 32 et 33.

(203) Depuis la publication de la présente étude à la *Revue de droit commercial* 1994, le droit positif a évolué sur cette question ; plusieurs auteurs ont fait valoir que les dispositions relatives aux éléments constitutifs d'une convention sont étrangères à l'ordre public (P.A. FORIERS, « Partage et clauses léonines (Observations sur le champ d'application de l'article 1855 du Code civil) », in *Mélanges Heenen*, Bruylant, 1994, pp. 155, note 36 ; M. COIPEL, « Encore l'article 1855, alinéa2, du Code civil : réflexions additionnelles en faveur d'une interprétation renouvelée d'un texte controversé », *R.D.C.*, 1995, p. 140, n° 14 ; en ce sens voir déjà M. FAJTMANN, « La promesse unilatérale d'actions d'une société anonyme belge au regard des articles 1855 du Code civil et 13*ter* de la loi sur les sociétés », *R.P.S.*, 1993, p. 79, n° 10). En outre, le lien traditionnellement fait entre la prohibition des clauses léonines et l'introuvable notion d'affectio sociétatis doit être mis en doute.

cipe selon lequel les engagements perpétuels sont prohibés (204) ;

— l'article 127, al. 4 des lois coordonnées qui ouvre à l'associé d'une société privée à responsabilité limitée dont le cessionnaire n'est pas agréé et dont les parts ne sont pas rachetées le droit d'exiger la dissolution de la société, pour le même motif ;

— les articles 46 (205) et 142, § 1er, al. 3 (206) des lois coordonnées, prévoyant l'incessibilité temporaire respectivement des actions dans les sociétés anonymes avant la constitution définitive de la société et des parts représentant les apports en nature dans les sociétés coopératives, car ces dispositions visent à éviter une spéculation malsaine ;

— la législation relative aux offres publiques d'acquisition, car elle vise à assurer le bon fonctionnement du marché et partant de l'économie du pays (207).

IV. — Conclusion

42. — *Rejet de la distinction entre causes de nullité relative et absolue.* Dans la première partie, on a vu que le régime spécifique des nullités en droit des sociétés prive d'intérêt, à de rares exceptions près, la distinction traditionnelle entre les causes de nullité relative et absolue :

(204) En faveur du caractère d'ordre public de cette règle, Laurent, *Principes de droit civil*, Bruylant, 1877, t. XXVI, nos 394 et 396 ; P. Pont, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. Ier, Paris, Delamotte Fils et Cie, 1884, n° 742 ; Houpin et Bosvieux, t. Ier, n° 222 ; *contra* : Baudry-Lacantinerie, t. XXIII, n° 445 ; Lacour et Bouteron, t. Ier, n° 329 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 328 ; Planiol et Ripert, t. XI, n° 1063.

(205) Cass. 6 octobre 1932, *Pas.*, 1937, I, 264 et la note P.L. ; Bruxelles 5 avril 1933, *Pas.*, 1933, II, 108, *R.P.S.*, 1934, p. 34 et la note ; Bruxelles 3 décembre 1986, *R.P.S.*, 1987, p. 46 note Van Gerven, *R.D.C.*, 1988, p. 25 ; Comm. Tongres 19 novembre 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 520, note Hollanders De Ouderaen, « Artikel 46 Venn. W. en de naamlening » ; Comm. Bruxelles 22 juin 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 36, spécial. p. 50 ; P. Wauwermans, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Bruylant, 7e éd., 1933, n° 230 ; *R.P.D.B.*, V° *Sociétés anonymes*, n° 559 ; Frédericq, t. IV, n° 375 ; Van Ryn, t. Ier, n° 540 ; Resteau, t. Ier, n° 705 ; J. Corbiau, « Des restrictions apportées par la loi à la liberté des conventions en ce qui concerne la cession d'actions », *R.P.S.*, 1901, p. 321 ; P.S., note sous Comm. Bruxelles 13 août 1924, *R.P.S.*, 1925, p. 297.

(206) Frédericq, t. V, n° 699 ; *R.P.D.B.*, V° *Sociétés coopératives*, n° 212 ; Van Ryn et Heenen, t. II, n° 994.

(207) Bruxelles 6 août 1992, *R.D.C.*, 1992, pp. 789 et s., spécial. p. 815 ; pour une position plus nuancée, Tilquin, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 773, n° 80 (v).

— le principe de l'énumération limitative des causes de nullité, et les exceptions qu'il admet, n'ont aucune corrélation avec cette distinction ;
— sous réserve de l'action en nullité des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple fondée sur l'incapacité ou le vice de consentement d'un associé, l'action en nullité des sociétés, de leurs modifications statutaires, de leurs modifications de structure ou des décisions des assemblées générales est ouverte à tout intéressé, sans avoir égard à cette distinction ;
— le principe suivant lequel la nullité doit être prononcée par une décision judiciaire, et la dérogation qui résulte de la technique des clauses réputées non écrites, ne dépendent pas de cette distinction ;
— l'importance que cette distinction semble conserver en ce qui concerne la prescription de l'action en nullité est réduite par la théorie des irrégularités continues et la multiplication des courts délais ;
— le principe de l'absence d'effet rétroactif des décisions d'annulation, et ses exceptions, sont étrangères à cette distinction ;
— tous les vices peuvent être régularisés, quelles que soient leur gravité ou la nature de la disposition méconnue, sous la seule réserve des exceptions légales, qui n'ont aucun rapport avec cette distinction ;
— enfin, le principe de l'autorité *erga omnes* des décisions d'annulation et son tempérament sont indépendants de cette distinction.

En définitive, la distinction entre les causes de nullité relative et absolue ne conserve d'intérêt en droit spécial des sociétés qu'en ce qui concerne la détermination des personnes aptes à demander la nullité des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple fondée sur l'incapacité ou le vice de consentement d'un associé, et, dans une mesure réduite, en matière de prescription. Pour le surplus, elle est devenue inadaptée à cette matière.

43. — *Gradations de l'ordre public.* Dans la seconde partie, on a vu que l'existence de divers cercles d'intérêts en droit des sociétés invitait à distinguer, entre les lois simplement impéra-

tives et celles d'ordre public, des degrés intermédiaires d'ordre public en fonction des personnes aptes à renoncer à la protection légale après la disparition des motifs la justifiant : l'ordre public sociétaire et l'ordre public économique.

L'ordre public sociétaire réglemente le fonctionnement de la société, concerne la collectivité des associés, actionnaires et participants et met en cause l'intérêt collectif de la société, de sorte que seul l'organe compétent, généralement l'assemblée générale, peut renoncer à se prévaloir des règles qui en relèvent, en principe à la majorité mais à l'unanimité si la disposition en cause intéresse également les associés, actionnaires ou participants envisagés individuellement.

L'ordre public économique concerne tous les tiers qui traitent avec la société et met en cause l'intérêt social. Seuls les tiers intéressés peuvent renoncer, pour ce qui les concerne, à invoquer la protection légale.

Cette gradation de l'ordre public invite à rejeter la transposition en droit des sociétés de la distinction traditionnelle qui existe en droit civil entre les lois impératives et d'ordre public d'une part, les causes de nullité relative et absolue d'autre part.

La conception bipartite de l'ordre public doit dès lors être répudiée en droit des sociétés, et céder la place à une analyse plus nuancée fondée sur l'existence de divers cercles d'intérêts protégés.

Octobre 1993
Valérie Simonart,
Maître d'enseignement à l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocate

L'ORDRE PUBLIC ET LA LOI DU 14 JUILLET 1991 SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE, SUR L'INFORMATION ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

PAR

Andrée PUTTEMANS

ASSISTANTE
À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'U.L.B.,
CHERCHEUR AU CENTRE DE DROIT PRIVÉ
ET DE DROIT ÉCONOMIQUE,
AVOCATE

« Il est de toute première instance que nous façonnions nos idées comme s'il s'agissait d'objets manufacturés. Je suis prêt à vous procurer les moules ... Les moules sont d'une texture nouvelle, je vous avertis. Ils ont été coulés demain matin... Le Code civil, nous en parlerons plus tard...

Mais la solitude, la solitude ! »

Léo FERRÉ, *La solitude.*

I. — INTRODUCTION

1. — Lorsqu'il s'est agi de réglementer les pratiques du commerce, le législateur belge s'est soucié, en un premier temps, de préserver la liberté d'entreprise des concurrents dans leurs rapports mutuels. L'exercice de la liberté des premiers devant s'arrêter là où commençait celle des seconds, dans le droit fil des nouveaux principes issus de la Révolution française et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1).

Puis, des considérations nouvelles ont imprégné la réglementation des pratiques du commerce : ce sont les nécessités d'une protection élargie à tous les opérateurs du marché des produits et des services — même s'ils ne se trouvent pas en position concurrentielle l'un par rapport à l'autre — et celles d'une protection accrue des consommateurs.

La particularité du droit belge fut et reste d'avoir tenté d'assurer, par les dispositions de la même loi, la protection de ces deux types d'intérêts « parfois convergents, parfois diver-

(1) Cf : le Décret d'Allarde : « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue (...) de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits » (décret des 2-17 mars 1791, article 7). Ce décret a été rendu applicable en Belgique par l'arrêté du 19 brumaire an IV, il est toujours en vigueur dans notre droit : A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, Bruylant, 1979, p. 23 ; I. VEROUGSTRAETE, « Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Story-Scientia, 1992, p. 131. ; v. aussi Cass. 2 juin 1960, *Pas.*, p. 1113 : la libre concurrence n'est pas un droit absolu mais est limitée par l'existence des droits semblables.

gents, parfois conflictuels » (2). Les mérites de cette loi ne sont pas minces. Point n'est besoin d'insister sur l'importance et l'efficacité de l'action en cessation à qui elle a permis de voir le jour et de s'épanouir dans notre droit.

Mais les esprits restent imprégnés de son cachet premier : celui du droit économique. Les aspects civils de son application étaient à peine entrevus, jusqu'il y a peu. La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après dénommée : L.P.C.C.), par son entrée en force dans le domaine contractuel, a changé la donne à tel point que les spécialistes des pratiques du commerce n'en paraissent pas encore tout à fait remis.

Le moment était bien venu, par conséquent, de s'interroger sur le caractère des dispositions de cette loi, au regard de la notion complexe d'ordre public.

II. — Approche de la notion d'ordre public

A. — *Définition classique de l'ordre public en droit belge*

2. — Les auteurs s'accordent généralement sur l'adjectif « fuyante » pour qualifier la notion d'ordre public (3)...

Pourtant, cette notion est essentielle puisqu'elle a trait à la force obligatoire des lois et aux limites de l'autonomie de la volonté : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (Code civil, article 6). Le Code civil pose ainsi d'emblée le principe que « la force obligatoire de la loi est susceptible de degrés » (4).

Chacun connaît la définition classique de l'ordre public par H. De Page, consacrée par la Cour de cassation :

(2) J.-L. Fagnart, « Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », *R.D.C.*, 1991, p. 297.

(3) P. de Harven, « Contribution à l'étude de la notion d'ordre public », *R.C.J.B.*, 1954, p. 259, et les réf. citées ; J. Ghestin. *Traité de droit civil*, Les obligations — Le contrat : formation, 2e éd., L.G.D.J., Paris, 1988, p. 85, n° 93 et les réf. citées.

(4) J. Ghestin, *Traité de droit civil*, Introduction générale, 3e éd., L.G.D.J., Paris, 1990, p. 273, n° 314.

« N'est d'ordre public que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » (5).

P. de Harven a bien montré cependant les limites et les insuffisances de cette définition, présentée par H. De Page lui-même comme une simple esquisse (6). Et de fait, cette définition ne permet pas de déterminer clairement les critères de distinction entre les règles d'ordre public et celles que la Cour dénommera bientôt « lois impératives ».

B. — *Ordre public et lois impératives : critères de distinction*

3. — Après avoir distingué, en un premier temps, l'« ordre public proprement dit » de l'« ordre public » tout court, la Cour de cassation remplaça ces termes respectivement par « ordre public » et « dispositions impératives ». Cette dernière catégorie de règles est destinée à s'insérer entre la catégorie des règles d'ordre public et celles des règles supplétives. Il s'agit de normes édictées dans le but de protéger certaines catégories de contractants.

La distinction entre la protection de l'intérêt général et celle d'intérêt privés est le critère applicable pour tracer la frontière entre les règles d'ordre public et les règles impératives. Il appartient au juge du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de déterminer si la règle considérée revêt un caractère d'ordre public (7). « Le principe de l'autonomie des volontés individuelles devrait conduire, toutes les fois qu'un doute existe sur la nature d'une règle, à ne pas lui attribuer un caractère d'ordre public. Par nature, les bases fondamentales d'une société doivent s'imposer à l'esprit de chacun ; il n'est pas raisonnable de penser qu'elles puissent en quelque sorte se

(5) H. De Page, *Traité*, t. I[er], 1962, p. 111, n° 91 ; Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, p. 699 ; Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, p. 884 ; Cass., 10 mars 1994, inédit, 1[re] chambre, R.G. 9669.

(6) « Contribution à l'étude de la notion d'ordre public », *R.C.J.B.*, 1954, p. 263 et réf.

(7) X. Dieux, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau, 1984, p. 259.

deviner au départ d'opinions plus ou moins subjectives de l'intérêt général » (8).

En droit économique, ne relève donc de l'ordre public que la disposition dont la méconnaissance serait de nature à faire trembler les bases de notre système économique. Toute autre disposition contraignante, fût-elle inspirée en partie par des considérations d'intérêt général, est simplement impérative. La logique et le bon sens permettent de déduire de ces quelques prémisses que la grande majorité des dispositions légales et réglementaires contraignantes (en ce compris celles qui sont pénalement sanctionnées (9)) ne présentent pas un caractère d'ordre public.

4. — La conséquence première de la distinction entre l'ordre public et les lois impératives tient à la portée de la nullité qui entache le contrat dont l'objet ou la cause sont illicites. Il revient au juriste français E. Gaudemet d'avoir défini la nullité comme une sanction qui « consiste dans un *droit de critique* attribué à certaines personnes à l'encontre de l'acte ». Pour l'application de cette sanction, il faudra tenir compte « du but de la nullité, qui se déduira de la nature de la règle de droit violée et des exigences de la sanction » (10). Si la règle méconnue est d'intérêt général, le droit de critique appartient à tout intéressé : la nullité est absolue. Si la règle est d'intérêt particulier, le droit de critique est réservé à ceux en faveur desquels elle a été établie : la nullité est relative (11). *La nullité est absolue lorsqu'un droit de critique est généralisé afin de multiplier les chances d'annulation* (12).

Dans cet ordre d'idée, il convient de remarquer dès à présent que si le *contenu* de la protection à accorder à une catégorie particulière de personnes ne touche pas, en soi, à l'intérêt général, la *nécessité* même d'accorder semblable protection

(8) *Idem*, p. 283.
(9) Sur ce point, v. *infra*, § 10.
(10) *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1937, p. 147.
(11) *Idem*, p. 166.
(12) Cass., 19 mai 1961, *Pas.*, I, p. 1008 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 466, n° 28 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 883, n° 745, citant G. COUTURIER.

relève le plus souvent de cet intérêt général (13). En d'autres mots, l'arrière-fond des dispositions impératives présente bien souvent les teintes de l'intérêt général. Tant que celles-ci ne sont pas nettement prédominantes, il est inutile, voire dangereux pour les personnes que la loi veut protéger, d'ouvrir largement la voie de l'action en nullité (14). Cette dernière considération nous paraît prendre un poids tout particulier lorsque le droit de critique qui assortit les dispositions contraignantes peut prendre, à côté ou à la place de la nullité, la forme d'une autre sanction qui en assure l'efficacité, telle la cessation ou encore la réduction des obligations de la partie protégée au maximum admis par la loi.

C. — *Ordre public traditionnel et ordre public économique et social*

5. — Les auteurs français distinguent l'ordre public traditionnel, politique et moral, de l'ordre public économique et social : ce dernier s'applique à l'échange des biens et des services considéré en lui-même alors que l'ordre public politique et moral ne prend l'échange en considération qu'en raison de ses conséquences à l'égard des institutions, telles la fonction publique ou la famille (15). « A la différence de l'ordre public traditionnel, essentiellement négatif, l'ordre public économique et social vise davantage à déterminer le contenu des contrats qu'à les interdire ». Autre caractéristique de cet ordre public économique et social : il multiplie les contrôles préventifs, généralement sous la forme d'une autorisation préalable ou parfois d'une dérogation à une règle d'interdiction, par une autorité administrative compétente. Il permet également la modification de certains contrats, par l'élimination des clauses abusives (16).

(13) J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 90, n° 97 ; en ce sens également, v. les considérations de J. STUYCK à propos du caractère de la norme générale de loyauté (articles 93 et 94 L.P.C.C.), « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Editions du Jeune Barreau, 1991, spéc. p. 164.

(14) En ce sens : J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 208, n° 191 ; p. 899, n° 752 et p. 928, n° 778.

(15) J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 104, n° 112.

(16) Sur tous ces points, v. J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat, pp. 122 et s.

6. — Doctrine et jurisprudence belges utilisent également volontiers l'expression « ordre public économique » sans toujours apercevoir qu'en France, cette expression s'applique aussi bien à des dispositions d'ordre public de direction (notre « ordre public ») qu'à des dispositions d'ordre public de protection (nos « lois impératives »). Il ne suffit donc pas de pouvoir classer une norme dans l'« ordre public économique » pour connaître la sanction de sa violation par le contrat, en sorte que cette expression doit être maniée avec prudence et circonspection en Belgique.

D. — *La notion d'« ordre public de protection des consommateurs »*

7. — Au sein même de l'ordre public économique de protection, une place spécifique est reconnue par la doctrine française à l'ordre public de protection des consommateurs (17). Celui-ci se traduit par des restrictions nouvelles à la liberté contractuelle, dont nous trouverons un puissant écho dans la L.P.C.C. :

1. *Renaissance du formalisme* : exigence d'un écrit, conformité à des contrats-types, émission obligatoire de certains documents, indication obligatoire de certaines mentions dans les documents contractuels. Dès lors que ces formalités sont imposées dans un but de protection du consentement du consommateur, il est logique de sanctionner leur non respect par la *nullité relative*, applicable aux vices du consentement (18). L'objection qui serait tirée du caractère solennel des formalités prescrites paraît devoir être réfutée : d'une part, la sanction de l'omission de formes solennelles par la nullité absolue se voit remise en question ; d'autre part, la multiplication actuelle des formes solennelles tend à en atténuer fortement le caractère exceptionnel (19).

2. *Autres mesures de protection* : l'octroi d'un délai de réflexion qui a pour effet de suspendre impérativement l'ac-

(17) *Idem*, p. 117, n° 124.
(18) *Idem*, p. 293, n° 276.
(19) *Idem*, p. 937, n° 783 et p. 939, n° 785.

cord de volonté jusqu'à l'expiration du délai (20) ; l'obligation de renseignement.

III. — L'UTILITÉ RELATIVE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN MATIÈRE DE PRATIQUES DU COMMERCE ET DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS

8. — Avant de s'engager dans la périlleuse recherche des dispositions de la L.P.C.C. qui ressortissent à l'ordre public, la question mérite d'être posée de l'utilité même, en vue d'une bonne application de la loi, des distinctions savantes dont nous venons de rappeler la substance.

S'il ne peut être nié que la notion d'ordre public soit d'un certain secours pour régler l'une ou l'autre question irritante qui découle de l'application de la loi sans être réglée par elle (ci-dessous, point B), sur bien des points cependant il s'avère totalement indifférent de déterminer le caractère d'ordre public ou non de la disposition invoquée (ci-dessous, point A).

C'est qu'en matière de pratiques du commerce, l'action en cessation forme le véritable centre de gravité de la loi. Celui-ci ne paraît pas avoir été déplacé par l'intrusion en masse, dans la loi de 1991, de dispositions uniquement relatives à l'information et à la protection du consommateur. L'action en nullité, qui n'est pas de la compétence du juge de la cessation (21), reste fort marginale dans l'application de la loi, même si l'action en cessation, telle qu'elle est actuellement organisée et utilisée, ne se révèle pas être un instrument adéquat pour la défense des consommateurs (22).

(20) *Idem*, p. 121, n° 128-4.

(21) Lequel n'est jamais le juge des contrats en tant que tels, même s'ils ont été conclus par des vendeurs : Cass., 25 nov. 1943, *Pas.*, 1944, I, p. 70.

(22) V. à ce sujet M. FLAMÉE, « La protection et l'information du consommateur à l'épreuve des premières applications jurisprudentielles de la loi », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur — Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Actes du colloque des 3 et 4 février 1994 à l'U.L.B., Bruylant, 1994, pp. 255 et s.

A. — *Indifférence de la distinction*

La détermination du caractère de la disposition en cause importe peu pour le règlement de toutes les questions suivantes :

1. *La recevabilité et le fondement de l'action en cessation*

9. — L'article 95 de la L.P.C.C. dispose que le président du tribunal de commerce « constate l'existence et ordonne la cessation » des actes commis en infraction à la loi.

L'ordre de cessation est applicable même en cas d'infraction à une disposition impérative (23). Et la question de l'intérêt à agir se posera et devra se résoudre dans les mêmes termes, quel que soit le caractère de la norme méconnue (24).

La cessation, sanction première et la plus efficace des dispositions de la loi (même si elle n'a pas encore fait ses preuves en matière de protection des consommateurs), ne diffère donc pas en fonction du degré d'intensité de la disposition légale, pourvu que celle-ci soit contraignante.

2. *Les relations entre la sanction pénale, l'ordre de cessation et la sanction civile*

10. — Le juge de la cessation ordonne la cessation d'actes contraires à la L.P.C.C., même pénalement sanctionnés (25). L'exposé des motifs précise que le juge pourra également ordonner la cessation de tout acte pénalement sanctionné par une disposition autre que la L.P.C.C., dès lors qu'elle pourrait

(23) Mais on voit mal comment il pourrait trouver à s'appliquer pour sanctionner une disposition simplement indicative. La question se pose, par exemple, au sujet de l'article 31 L.P.C.C., qui ne contient qu'une définition de ce qu'il faut entendre par l'expression « clause abusive » en général. Contrairement aux clauses visées par l'article 32, les clauses abusives au sens de l'article 31 ne sont pas interdites par la loi mais seulement susceptibles d'être annulées par le juge, lequel dispose d'un pouvoir d'appréciation pour ce faire : v. et comp. les §§ 1er et 2 de l'article 33, v. aussi M. FLAMÉE, *op. cit.*, n° 30, qui qualifie l'article 30 de « pétition de principe ».

(24) V. Comm. (cess.), 22 avril 1992, *D.C.C.R.*, p. 361, note G. GLAS et M. VAN DEN ABBEELE.

(25) L.P.C.C., article 95, 1er alinéa.

avoir pour effet de porter atteinte aux intérêts professionnels d'autres vendeurs (26).

Toutes les infractions à la loi sont pénalement sanctionnées par celle-ci, à l'exception des infractions aux articles 97, 102, 104 et 105 (27). Cependant, la plupart de ces infractions ne peuvent être établies qu'en cas de mauvaise foi de leur auteur (28).

11. — Parmi les dispositions d'ordre public qu'il énumère, H. De Page cite « un grand nombre de dispositions de droit pénal » (29) mais non systématiquement toutes les dispositions de droit pénal, contrairement à l'idée assez répandue (30) selon laquelle une disposition pénale serait automatiquement d'ordre public. Cette idée d'une correspondance forcée entre l'aspect pénal et le caractère d'ordre public des dispositions légales provient d'une mauvaise analyse de ce qui distingue la norme d'ordre public de la disposition impérative. Comme nous l'avons déjà souligné, il serait erroné de croire que l'intérêt général soit absent des préoccupations du législateur lorsqu'il adopte des règles impératives (31). Celles-ci « touchent » à l'intérêt général mais ne visent pas à protéger celui-ci en tant que tel, au-delà des intérêts particuliers. Au contraire, la

(26) Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sén., 947 (1984-1985), n° 1, p. 47. Par cette remarque, l'exposé des motifs apporte une nouvelle pierre à l'édifice patiemment construit par la doctrine et la jurisprudence en vue de l'édification d'une notion de l'acte contraire aux usages honnêtes, au sens des articles 93 et 94 L.P.C.C., qui soit conforme à la notion de faute au sens de l'article 1382 C.c. Il va de soi que cette remarque vaut également si l'acte pénalement sanctionné par une loi autre que la L.P.C.C. peut porter atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs consommateurs.

(27) Les infractions à l'article 97 ne sont pas pénalement sanctionnées par la L.P.C.C. mais elles le sont par des réglementations particulières (registre du commerce, T.V.A., O.N.S.S., ...).

(28) L.P.C.C., article 103. La doctrine et la jurisprudence ne s'accordent guère pour déterminer ce qu'il faut entendre par « mauvaise foi » au sens de cette disposition. Plusieurs auteurs estiment que la preuve du dol général suffirait à établir l'infraction (J.-J. Evrard, « Chronique de jurisprudence — Les pratiques du commerce (1978-1984) », *J.T.*, 1985, p. 198, n° 111, et les réf. citées ; B. Francq, « Procédure et sanctions », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Editions du Jeune Barreau, 1991, p. 254). Cette opinion ne paraît pas compatible avec la notion de dol général, nécessaire à l'établissement de toute infraction (v. R. Legros, *L'élément moral dans les infractions, thèse d'agrégation*, Liège — Paris, 1952).

(29) *Traité*, 3e éd., 1962, p. 112, n° 91.

(30) V. par exemple, Comm. Courtrai (cess.), 8 août 1991, *Ann. Prat. Com.*, 1991, p. 549, et la note critique de J. Laenens.

(31) V. aussi *supra*, § ?.

norme d'ordre public tend à préserver l'intérêt général en soi, par-dessus les intérêts privés, légitimes ou non.

Il se peut que, pour assurer la pleine efficacité d'une norme protectrice, le législateur sanctionne pénalement sa méconnaissance. Elle n'en devient pas pour autant une norme d'ordre public (32).

Cette considération n'empêche pas de conclure à la nullité absolue de toute convention qui aurait pour but ou pour objet de méconnaître des obligations ou des abstentions imposées par la loi pénale : en effet, une telle convention serait contraire aux bonnes mœurs, donc à l'ordre public (33).

3. *Les relations de la règle d'ordre public avec les normes qui lui sont supérieures*

12. — La qualification d'ordre public interne ne confère aucun certificat de validité de la disposition au regard de normes hiérarchiquement supérieures à elle et notamment au regard des dispositions des Conventions internationales, tels le traité de Rome et le droit européen dérivé. Autrement dit, le caractère d'ordre public de la norme belge ne peut en aucun cas empêcher le juge de l'écarter s'il l'estime contraire au droit hiérarchiquement supérieur.

(32) A. VANDEPLAS (« De strafsancties in de nieuwe wet handelspraktijken », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Story-Scientia, 1992, p. 348, n° 4) et J. Laenens (note sous la décision précité, *Ann. Prat. Com.*, 1991, p. 549) réfutent également la thèse selon laquelle toutes les dispositions de la L.P.C.C. seraient d'ordre public parce que pénalement sanctionnées. Mais leur raisonnement est différent : si une sanction pénale frappe la méconnaissance d'un ordre de cessation, ce n'est pas pour reconnaître un caractère d'ordre public à l'ensemble des dispositions contraignantes de la L.P.C.C. mais tout simplement pour consacrer l'obligation d'obéissance civile. On relèvera cependant que tous les jugements et arrêts rendus sur le fond du droit ne sont pas sanctionnés pénalement. Le choix de cette sanction par le législateur répond à sa volonté d'affirmer le caractère contraignant de l'ordre de cessation au regard des nécessités d'intérêt général. V. aussi *infra*, note 134. *A fortiori*, la mise en place d'une procédure d'avertissement administratif — dont les effets juridiques sont fort limités — ne confère pas aux dispositions de la loi un caractère d'ordre public automatique.

(33) H. DE PAGE, *op.cit.*, p. 133, 16° : cet auteur vise également les conventions qui auraient seulement *pour effet* de méconnaître une disposition pénale, ce qui nous semble trop large ; J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 99, n° 108 et les réf. citées ; v. aussi *infra*, §§ 37, 38.

4. *La portée de la sanction : nullité de la clause illicite ou nullité du contrat ?*

13. — Dans tous les cas où la loi comprend une cause de nullité de certaines clauses contractuelles, il convient de s'interroger sur la portée de l'annulation à prononcer. On connaît la divergence de textes entre les articles 1172 (la nullité d'une clause rend nulle la convention) et 900 (la clause illicite est réputée non écrite) du Code civil . La jurisprudence belge tentait généralement de concilier ces deux règles opposées par le recours à l'interprétation de la volonté des parties : si la présence de la clause illicite était l'un des mobiles déterminants de la conclusion de la convention pour la partie agissant en nullité, la convention devait être entièrement annulée. C'était là accorder à la volonté des parties une place prépondérante alors même que l'intérêt général pouvait être en jeu.

La Cour de cassation semble récemment s'être engagée dans une autre voie, notamment à l'occasion d'un arrêt où elle décide que, si l'accord des parties à un contrat de vente immobilière en vue de taire le montant réel du prix est contraire à l'ordre public et donc nul, il n'en résulte pas pour autant que la convention de vente elle-même soit nulle (34). Selon E. Dirix, cet arrêt fait une application de la doctrine des nullités partielles et opte pour l'appréciation *objective* du lien entre la clause illicite et le restant du contrat — qui est fonction de la structure du contrat et non de la volonté des parties (35).

Il est donc nécessaire de vérifier dans chaque cas le degré d'efficacité de la sanction. Or, *dans les matières d'ordre économique et social, l'annulation de la convention n'est généralement pas la sanction la plus efficace.* Plus particulièrement en matière de protection des consommateurs, J.-L. Baudouin a pu écrire que l'intérêt du consommateur « n'est pas de mettre fin au contrat en invoquant une nullité (...) mais bien plus de conserver l'engagement en en demandant la modification de façon à ce qu'il réponde mieux aux exigences de la justice et de l'équité » (36).

(34) Cass., 18 mars 1988, *R.W.*, 1988-89, p. 711.
(35) Note sous l'arrêt précité, *loc. cit.*, p. 713.
(36) « Rapport général », in *La protection des consommateurs*, Travaux de l'association H. Capitant, 1973, t. XXIV, p. 10.

La L.P.C.C. offre quelque latitude aux juges pour l'application de ses dispositions protectrices du consommateur (37) sans lui permettre toutefois de procéder autrement que par un élagage des clauses nulles. Elle ne leur permet malheureusement pas de modifier le contrat dans le sens souhaité par J.-L. Baudouin.

Quoi qu'il en soit, cette question est étrangère au caractère d'ordre public ou non des dispositions concernées.

5. *Le droit et le devoir pour le juge de soulever un moyen d'office*

14. — La Cour de cassation de France reconnaît aux juges le pouvoir de soulever d'office la nullité, même relative, d'une clause contractuelle, lorsqu'ils soulèvent ainsi un moyen de pur droit (38). Selon J. Ghestin, il s'agit là non seulement d'un pouvoir mais également d'une obligation. Sur ce point, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative semble pratiquement sans intérêt en France.

Qu'en est-il en Belgique ?

Dans sa Mercuriale relative à l'office du juge dans la direction du procès, le procureur général Krings s'est prononcé contre la possibilité pour le juge de soulever d'office un moyen de nullité relative et ce au motif que la partie protégée a la faculté de renoncer à cette protection, « à tout le moins lorsqu'elle comparaît devant le juge » (39). P.-A. Foriers s'est, à juste titre selon nous, basé sur la jurisprudence constante de la Cour de cassation (40), qui admet que la violation d'une disposition impérative puisse être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation — à condition qu'il s'agisse d'un moyen de pur droit —, pour critiquer la position de M. Krings : « Comment expliquer (...) que le juge du fond puisse

(37) V., en particulier, l'article 33, § 1er — qui permet au juge, selon nous, de ne pas prononcer la nullité mais de préférer une autre sanction, par exemple des dommages-intérêts — et § 2 — qui oblige le juge à prononcer l'annulation de la ou des clauses interdites mais non du contrat en tant que tel (à moins, bien entendu, que celui-ci soit fondamentalement vicié).

(38) Cass. fr., 22 mai 1985, *R.T.D.C.*, 1986, p. 149, obs. Ph. RÉMY ; J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 895, n° 150-3 et les réf.

(39) *J.T.*, 1983, p. 510, n° 36.

(40) V., par exemple : Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, I, p. 708 ; Cass., 11 sept. 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 39. Cass., 23 oct. 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 240.

commettre une illégalité susceptible d'être déférée à la Cour de cassation, s'il ne pouvait pas élever d'office la contestation fondée sur une règle impérative ? » (41). Le rappel des principes de rigueur à propos de toute renonciation à un droit permet au même auteur de parfaire sa démonstration : « une renonciation ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation ». A cet égard, le simple fait de ne pas invoquer une règle de protection ne traduit pas la volonté certaine de renoncer en toute connaissance de cause à la protection légale. Le juge a donc, en ce cas, l'obligation de soulever d'office tout moyen de nullité à peine de commettre une illégalité (42).

La Cour de cassation paraît avoir clairement confirmé l'engagement de sa jurisprudence dans cette voie, par un arrêt du 17 mars 1986 (43). La contribution de Michèle Grégoire au présent ouvrage permet de clore la discussion puisque cet auteur conclut, au terme d'une démonstration claire et convaincante, que tout moyen peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation dès lors qu'il est de pur droit et non mélangé de fait et de droit. Un moyen nouveau de pur droit supplétif est jugé recevable par la Cour de cassation alors que celle-ci rejette tout moyen mélangé de fait et de droit, fût-il d'ordre public.

On peut ainsi affirmer qu'en Belgique également, le juge a le pouvoir et le devoir de soulever d'office un moyen de nullité même relative.

B. — *Utilité de la distinction*

Le caractère d'ordre public ou simplement impératif de la règle méconnue sera déterminant pour la solution à apporter aux problèmes suivants :

(41) « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune Barreau, 1984, p. 152 et les réf.

(42) *Ibidem*.

(43) *Pas.*, I, p. 895 ; *R.C.J.B.*, 1988, p. 495 et note A. Meeùs, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », pp. 498 et s.

1. *Les modalités de l'action en annulation :*

a) L'action en nullité absolue

15. — Celle-ci appartient pendant trente ans à toute personne intéressée, ce qui ne signifie évidemment pas à n'importe qui. L'action populaire n'est pas admise dans notre droit (44).

Les parties à la convention entachée d'une cause de nullité absolue sont toutes autorisées à en demander l'annulation et cela même si elles ont volontairement méconnu une règle d'ordre public. Cette conséquence parfois choquante découle de la nécessité de multiplier les chances d'annulation (45). L'application des adages *Nemo auditur* ... (qui a pour effet obligatoire d'empêcher toute exécution de la convention) et *In pari causa* ... (qui, selon l'appréciation du juge, permet dans les cas où l'équité le commande, d'exclure la restitution des prestations déjà faites en exécution de la convention annulée) est de nature à gommer quelque peu les aspérités de cet effet, voulu pour la sauvegarde de l'intérêt général (46).

Mais il est vrai que souvent, la nullité n'est pas la sanction la plus appropriée. Ainsi, une autre sanction, originale et très efficace, est-elle applicable en matière d'achat forcé puisqu'en aucun cas (pas même en cas de dérogation ministérielle) le destinataire n'est tenu de payer ni de restituer le produit livré à une personne sans demande préalable de sa part (47).

b) L'action en nullité relative

16. — Celle-ci appartient tantôt à une seule personne, tantôt à plusieurs personnes, tantôt à une catégorie entière de personnes (48), comme dans le cas de l'action d'intérêt collectif

(44) G. FARJAT, *L'ordre public économique*, 1963, p. 335, n° 416.

(45) V. *supra*, § 4 ; v. aussi les réf. citées par J. GHESTIN, *op. cit.*, Les obligations — Le contrat : formation, p. 911, n° 765.

(46) En ce sens, v. J.-L. FAGNART, OBS. SOUS Cass., 17 mars 1988, *D.C.C.R.*, 1989, p. 183.

(47) L.P.C.C., art. 76 ; v. aussi la règle similaire en matière de vente à distance, L.P.C.C., art. 79 *in fine* ; v. encore *infra*, §§ 37, 38 et 46.

(48) J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat, pp. 900 et s., n^{os} 754 et s.

ouverte aux associations de consommateurs agréées en France (49). Elle est soumise à une prescription décennale.

c) L'application de l'adage « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »

17. — Cet adage n'est applicable qu'en cas de violation d'une norme d'ordre public. Il a pour seul effet d'empêcher l'exécution d'une convention contraire à l'ordre public mais ne prive pas les parties, mêmes responsables de l'atteinte à l'ordre public, de leur action en nullité de la convention. La même règle s'applique à l'action en cessation : la personne qui se rend elle-même coupable d'une infraction à la loi ne perd pas le droit d'agir en cessation contre un tiers qui commettrait le même genre d'infraction ou une autre infraction à la L.P.C.C. Tout au plus risque-t-elle de se voir à son tour enjoindre un ordre de cessation sur la base d'une demande reconventionnelle introduite par le défendeur (50).

2. *La confirmation de l'acte nul*

18. — La confirmation de l'acte nul n'est valable qu'en matière de nullité relative et seulement si la confirmation — qui est une forme de renonciation — intervient au moment où la protection légale n'a plus d'objet (51). Au contraire, « on ne transige pas avec l'ordre public » (52).

(49) A suivre la jurisprudence française rendue en matière de contrats de travail, ainsi que de baux à ferme, l'ordre public de protection collective ne serait pas soumis à un régime particulier, qui exclurait la possibilité d'une confirmation de l'acte nul. Les règles d'ordre public de protection collective sont soumises au régime de la nullité relative (v. J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat, pp. 975-976, n° 836). Il est certain, au reste, que la confirmation, qui est une forme de renonciation, n'a d'effet qu'à l'égard du confirmant, tous les droits des tiers étant saufs. La L.P.C.C. n'ouvre pas la voie à de véritables actions d'intérêt collectif. Tout au plus trouve-t-on des traces embryonnaires de la notion d'intérêt collectif : l'article 98 de la L.P.C.C. dispose, de manière très générale, que les associations de consommateurs et les groupements professionnels autorisés à agir en cessation, peuvent, par dérogation aux dispositions des articles 17 et 18 du Code judiciaire, agir en justice pour la défense de leurs intérêts collectifs statutairement définis. Mais il est fort douteux, à défaut de réglementation précise sur ce point, qu'elles disposent — elles — d'une action en nullité d'intérêt collectif.

(50) Comm. Brux. (cess.), 23 juil. 1993, *R.G. n° 4259/93 ;* DOC. CREDOC, *Prat. Comm., 10/93,*, p. 8 ; dans le même sens, v. Anvers, 26 mars 1985, *R.W..*, 1986-1987, c. 177.

(51) X. DIEUX, *op. cit.*, p. 272.

(52) J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T..*, 1992, p. 587.

3. *L'intervention du ministère public*

19. — Celui-ci peut agir d'office en matière civile dans les cas spécifiés par la loi et en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention (53). Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, il faut, pour que l'intervention d'office du ministère public se justifie, que l'ordre public soit « mis en péril par un état de choses auquel il importe de remédier » (54).

Sous l'empire de la loi de 1971, la question de l'action d'office du ministère public en cessation était controversée. L. Van Bunnen, en contribuable économe insensible aux intérêts corporatistes de sa propre profession d'avocat, voyait un avantage évident au profit de l'intérêt général et de l'équilibre du budget de l'Etat dans le pouvoir d'action du ministère public, celui-ci « étant plus proche des tribunaux que le Ministre des Affaires économiques et pouvant se dispenser des frais d'huissier et d'avocat auxquels le ministre doit se plier ». Tout en reconnaissant le caractère très délicat de la question, le même auteur estimait que « dans la mesure où l'action en cessation tient le criminel en état, il paraît normal que le ministère public puisse, s'il le préfère, agir en cessation dans les cas où il songeait à mettre d'office en mouvement l'action pénale » (55).

En pratique, il faut bien constater que les actions du ministère public en matière civile restent extrêmement rares, ne serait-ce qu'en raison de sa méconnaissance des conventions que les particuliers concluent entre eux et de l'inefficacité de son intervention, qui n'empêchera pas les parties d'exécuter malgré tout leur convention si elles s'entendent toujours pour ce faire (56). Quant à l'action en cessation, on relèvera avec intérêt le sentiment d'I. Verougstraete qui n'aperçoit pas dans quelle matière le ministère public pourrait agir d'office (57).

(53) C. jud., article 138.

(54) Cass., 22 mai 1923, *Pas.*, p. 243 ; 11 mai 1977, *Pas.*, p. 924.

(55) L. Van Bunnen, « Mise en œuvre de l'action en cessation — procédure et incidents », *Ing. Cons*, 1978, p. 330.

(56) Pour la situation en France à ce sujet, v. J. Ghestin, *op. cit.*, Les obligations — Le contrat : formation. 2e éd., L.G.D.J., Paris, 1988, pp. 918-918, n° 772.

(57) « L'action du ministère public auprès du tribunal de commerce », *L'évolution du droit judiciaire*, Bruylant, 1984, p. 554, n° 28.

4. *L'application de la loi dans le temps*

20. — On le sait, la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif (58), sauf si le législateur en a décidé autrement ou si elle porte des dispositions d'ordre public (59).

Certains auteurs soutiennent que les dispositions simplement impératives s'appliquent aux contrats en cours dès leur entrée en vigueur (60).

J. Schamp et M. Van Den Abeele (61) ne partagent pas cet avis et considèrent qu'à défaut d'une disposition transitoire qui prévoirait l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours, seules les dispositions d'ordre public de la loi nouvelle ont cet effet.

La jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation semble donner raison à ces derniers auteurs en énonçant que si, en règle générale, une nouvelle loi n'est pas uniquement applicable aux situations apparues après son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs d'une situation née sous l'empire d'une loi précédente, l'ancienne loi reste cependant d'application en matière contractuelle, à moins que la nouvelle loi soit *d'ordre public* ou prévoie expressément son application aux contrats en cours (62).

La L.P.C.C. ne contient aucune disposition de droit transitoire (63). En particulier, aucune disposition ne prévoit l'application de la nouvelle loi aux contrats en cours. Dans un contexte similaire, la Cour de cassation de France a refusé

(58) C.c., art. 2.

(59) Cass., 27 mai 1929, *Pas.*, p. 200.

(60) B. PONET et H. LAMON, « De interporele werking van de Handelspraktijkenwet na 14 juli 1991 », *R.D.C.*, 1993, p. 8 ; E. DIRIX, « De bezwarende bedingen in de W.P.H. », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Story-Scientia, 1992, p. 316.

(61) « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*.., 1992, pp. 586-590.

(62) Cass., 12 février 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 20 : cet arrêt fut rendu à propos des dispositions de la loi du 29 déc. 1983 modifiant les articles 1730 et 1731 C.c. en matière de preuve des dégâts locatifs.

(63) Sauf en ce qui concerne les dispositions réglementaires prises sous l'empire de la loi antérieure et dont l'article 122 L.P.C.C. dispose qu'elles restent en vigueur si elles ne sont pas contraires à la nouvelle loi.

l'application immédiate des lois relatives à la protection des consommateurs (64).

IV. — Caractère de dispositions de la loi du 14 juillet 1991

A. — *Généralités*

21. — Avant la loi sur les pratiques du commerce de 1971, existaient le droit de la concurrence déloyale (sanctionné, dès 1934, par l'action en cessation) et, par ailleurs, des législations particulières que l'on disait relatives à la police du commerce (indication des prix, vente en solde, ...). La L.P.C. de 1971 a pour la première fois regroupé ces deux domaines (65). La loi de 1991 se situe dans la perspective de celle de 1971 (66) mais vise à renforcer la protection du consommateur et à intégrer dans le droit belge les règles imposées par plusieurs directives européennes. Cette fois, la pluralité des intérêts pris en compte par le législateur apparaît de manière éclatante. Et les éclats dont il est question peuvent être de caractères divers ...

L'exposé des motifs de la loi a beau fantasmer à propos de « la dualité et de l'unité profonde des intérêts des consommateurs et de ceux des concurrents et d'autres commerçants, auxquels se superpose l'intérêt général » (67), et le ministre des Affaires économiques de l'époque peut bien affirmer qu'il faut donner une pesée identique à ces trois intérêts classiques (68), on ne peut s'empêcher de partager le sentiment de J.-L. Fagnart : « la confusion des genres n'accroît pas la clarté de la

(64) Cass. fr., 1er juil. 1987, *Bull. civ.*, III, n° 138, p. 81. En France, il est généralement admis que la notion d'ordre public ne doit pas intervenir en matière d'application de la loi nouvelle aux contrats en cours. Le professeur Jean Carbonnier considère que les dispositions d'ordre public économique peuvent être appliquées aux contrats en cours si une intention de rétroactivité peut s'induire du but de la loi mais ne cite pas d'exemple de ce type en matière d'ordre public économique de protection ... : *Droit civil — 4/ Les obligations*, P.U.F., 13e éd., 1988, p. 143.

(65) Evrard, J.-J. et Van Innis, Th., « Chronique de jurisprudence — Les pratiques du commerce », *J.T.*, 1978, p. 21.

(66) Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sén., 947 (1984-1985), n° 1, p. 2.

(67) *Ibidem.*

(68) W. Claes, cité par B. Francq, « La nouvelle loi belge sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur : quelques traits saillants », *Rev. Int. Conc.*, n° 167, 2., 1992, p. 17.

pensée du législateur » (69). Sur un ton plus mordant encore, le même auteur décrit la loi comme formant une « ratatouille à la belge », une « œuvre unique et inimitable » (70). Et Messieurs Schamp et Van Den Abeele de surenchérir : « le législateur, dans sa recette, a réussi à rendre méconnaissable, comme dans toute vraie ratatouille, la plupart de ses ingrédients (l'ordre public, les services, le vendeur, ...) » (71).

L'image est amusante et n'est certes pas dénuée de tout fondement. Elle est excessive cependant, et nourrit à l'encontre de la savoureuse ratatouille un mépris que ne partage pas l'auteur de ces lignes. Au surplus, la doctrine et la jurisprudence ont leur part de responsabilité dans la propagation de certaines idées toutes faites en matière d'ordre public et de réglementation des pratiques du commerce.

Retenons simplement de l'exposé des motifs de la loi l'évocation d'un intérêt général qui « se superpose » aux intérêts particuliers des consommateurs et des commerçants. Nous aurons à revenir sur cette vision des choses. L'intérêt général : cerise sur le gâteau ou olive sur la ratatouille ?

22. — Quoi qu'il en soit, la lecture la plus superficielle de la loi fait apparaître d'emblée la multitude des formules contraignantes qui l'émaillent : « Est interdite (telle pratique, méthode, clause, ...) », « tout vendeur, tout produit, tout service ... doit ... », etc. A tel point que Jules Stuyck a pu relever, avec la pertinence et l'impertinence qu'on lui connaît, que dans cette loi « Alles is verboden, behalve wat mag ; en dat is verplicht » (72). On ne s'étonnera donc pas de chercher en vain une disposition simplement supplétive de la volonté des parties. Là n'est pas la vocation d'une loi comme celle qui nous

(69) « Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », *R.D.C.*, 1991. p. 297.

(70) « Concurrence et consommation : convergence ou divergence ? », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 1991, p. 34.

(71) *Op. cit.*, *J.T.*., 1992. p. 599 ; v. aussi sur ce thème : Th. BOURGOIGNIE, « Le contrôle abstrait des abus dans les rapports de consommation », in *Rapports belges au XII^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Kluwer/Bruylant, 1986, pp. 162 et s.

(72) Cette belle sentence fut prononcée lors du colloque sur les pratiques du commerce et l'information la protection du consommateur, organisé à la K.U.L. les 19 et 20 novembre 1987.

occupe (73). Le caractère à tout le moins impératif des dispositions de la loi trouve aujourd'hui l'expression cohérente de sa sanction par le truchement de l'article 95 : désormais, toute infraction à la L.P.C.C. peut faire l'objet d'un ordre de cessation.

Cette sanction de la cessation apparaît comme le seul fil conducteur de la loi. Pour le reste, il est inutile de s'évertuer à dégager une quelconque logique entre ses diverses sanctions : sanction pénale, nullité de l'instrumentum ou nullité du negotium, nullité d'une clause ou de la convention, acquisition gratuite d'un produit ou d'un service, ... Une telle logique est absente de la loi comme le fut, lors des si longs travaux préparatoires, toute réflexion d'ensemble quant au régime des sanctions applicables.

La chose est d'autant plus regrettable que simultanément, le législateur se penchait sur le projet qui allait aboutir à la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, laquelle prévoit un régime de sanctions civiles souples, proches des réalités et des besoins d'une protection efficace du consommateur (74). Il est vrai que la loi du 9 juillet 1957 sur les ventes à tempérament était déjà fortement engagée dans une telle voie, totalement ignorée, au contraire, de la loi sur les pratiques du commerce de 1971 (75).

B. — *Examen des dispositions de la loi par catégories*

23. — Nous allons tenter, dans les lignes qui suivent, de regrouper toutes, ou presque toutes (76), les dispositions de la

(73) Même si l'on peut s'interroger sur la valeur vraiment contraignante d'une disposition formulée de façon aussi vague que l'article 30 : v. *supra*, note 23 et *infra*, § 47.

(74) Son article 4 dispose que toute stipulation contraire à ses dispositions ou à ses arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des consommateurs ou à aggraver leurs obligations, sous réserve de l'application des articles 85 à 100 de la loi. Ces derniers prévoient un régime de sanctions spécifiques et originales, qui sont fonction de l'infraction commise par le prêteur ou l'intermédiaire de crédit et qui permettent au consommateur, dans certains cas, d'opter pour la réduction de ses obligations au maximum autorisé par la loi.

(75) Mentionnons toutefois, pour faire bonne mesure, la règle souple de l'article 51 de la loi de 1971, en matière d'achats forcés, qui fut repris à l'article 76 L.P.C.C. : le destinataire n'est tenu de payer ni de restituer le produit qui lui a été livré sans demande préalable de sa part. V. aussi l'article 79 *in fine* L.P.C.C., en matière de vente à distance.

(76) Seul le chapitre III de la L.P.C.C., intitulé « De l'appellation d'origine », ne sera pas examiné. En effet, il nous paraît relever de la matière de la propriété intellectuelle

loi en différentes catégories — ce qui suppose évidemment un parti pris, dont nous nous expliquerons. Nous avons choisi de débuter cet examen (1.) par la norme de conformité aux usages honnêtes, norme clef dans notre arsenal législatif et dont la qualification — d'ordre public ou non — nous paraît déterminante pour la qualification de nombreuses autres dispositions de la loi (et peut-être également, mais nous dépassons ici notre propos, pour la qualification de bien d'autres réglementations). Nous nous interrogerons ensuite (2.) sur les dispositions qui tendent à interdire certains types ou modes de vente ou de publicité, et enfin (3.) sur celles qui se donnent pour objet l'information et la protection du consommateur.

1. *La norme de conformité aux usages honnêtes en matière commerciale (articles 93 et 94 L.P.C.C.)*

24. — Une brume épaisse préserve toujours le mystère de la magnifique montagne qui s'élève dans notre droit pour défendre la loyauté dans les relations commerciales et dont le sommet, aujourd'hui dédoublé (77), fait l'objet d'explorations sans cesse recommencées et suscite les interrogations les plus perplexes (78).

Cette norme ? C'est un roc !... c'est un pic ! ... c'est un cap ! (79) Ses multiples possibilités d'application, sa souplesse et sa concision en font l'une des règles les plus remarquables de notre lourd appareil législatif. Et pourtant, son appartenance à l'ordre public n'a jamais été bien étudiée.

25. — La jurisprudence ne fournit guère à la sagacité de ses commentateurs qu'un arrêt de la Cour d'appel de

qui mériterait d'être étudiée, sous l'angle de l'ordre public, dans son ensemble et non de façon morcelée.

(77) Les articles 93 et 94 L.P.C.C. ont pris la place de l'article 54 L.P.C.

(78) V., par exemple : J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 1991, pp. 125 et s. ; I. VEROUGSTRAETE, « Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Kluwer, 1991, pp. 129 et s. ; E. BALATE, « Loyauté et louvoyage : les articles 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur — Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Actes du colloque des 3 et 4 février 1994 à l'U.L.B., Bruylant, 1994, pp. 161 et s.

(79) Elle est ainsi semblable au nez de Cyrano (E. ROSTAND, *Cyrano de Bergerac*, I, IV).

Bruxelles, rendu en 1983 dans l'une des fameuses affaires relatives aux circuits de distribution de la presse. La Cour décide à cette occasion qu'un accord entre entreprises ou une pratique concertée sont illicites notamment « lorsqu'elles dérogent aux dispositions de la loi nationale qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; parmi ces dispositions, (...) il y a lieu de prendre en considération, pour le jugement de la cause, l'article 54 de la loi du 14 juillet 1971 » (80). On le voit, cet arrêt, tout en classant l'article 54 (ancêtre des articles 93 et 94 L.P.C.C.) parmi les dispositions d'ordre public, réduit aussitôt la portée de cette qualification par l'étrange formule « *pour le jugement de la cause* ».

26. — C'est peut-être l'ambiguïté d'expression de la Cour qui incita A. De Caluwé, A.C. Delcorde, X. Leurquin, e.a., à y voir l'attribution d'un « quasi-caractère d'ordre public » à l'article 54, voire à toute la loi de 1971 (81). Heureusement, nos excellents auteurs ne se sont pas appesantis sur cette nouvelle espèce de « quasi » qui menace décidément tous les domaines du droit de ses contours incertains. Ils ne se prononcent pas fermement à propos du caractère des articles 93 et 94 mais notent que l'énonciation d'une interdiction procède d'un langage clair, indiquant que l'on est en présence d'une disposition « importante », sans pour autant relever automatiquement de l'ordre public le plus strict. Et de se demander si « les hésitations à cet égard ne (seraient pas) une nouvelle manifestation de ce laxisme belge qui tend, trop souvent, à lénifier les infractions » (82)...

Quant à la *summa divisio* que J.-L. Fagnart aperçoit entre le droit de la consommation (qui a pour objectif la protection des consommateurs et ne peut donc qu'édicter des règles simplement impératives) et le droit de la concurrence (qui, participant à l'organisation de l'économie, relève donc de l'ordre public économique et voit ses règles sanctionnées par la nullité absolue) (83), celle-ci, pour intéressante qu'elle soit, ne semble

(80) Brux., 20 déc. 1983, *J.T.*, 1984, p. 74.
(81) *Op. cit.*, 2e éd., 1992, n° 25.2.
(82) *Op. cit.*, 2e éd., Larcier, 1991, n° 25.2.
(83) « Concurrence et consommation : convergence ou divergence ? », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 1991, pp. 32-33.

pas recouvrer tout le champ de la L.P.C.C. et ne permet pas, en tout cas, de déterminer le caractère des articles 93 et 94, lesquels concernent ces deux domaines à la fois et visent, au surplus, à protéger une autre catégorie de personnes : celle des vendeurs, au sens de la loi.

X. Dieux, pour sa part, rattache la norme de loyauté à la notion de bonnes mœurs au sens des article 6 et 1133 du Code civil, notion qui aurait acquis une dimension nouvelle avec la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce et engloberait désormais le concept d'usages honnêtes en matière commerciale (84)... Pourtant, on trouve pareille norme de loyauté dans le domaine contractuel, sans qu'il soit soutenu que cette norme, tirée de l'article 1134 C.c. — qui oblige les cocontractants à exécuter de bonne foi les conventions qu'ils concluent — soit d'ordre public ou soit incluse dans la notion de bonne mœurs (85).

27. — Faudrait-il alors se résigner devant tant d'hésitations et de difficultés et choisir, sans conviction, de s'incliner devant le caractère « monumental » de la norme de loyauté dans notre droit économique (86) pour lui reconnaître un caractère nécessairement d'ordre public ?

Ce serait faire peu de cas des origines historiques et des affinités profondes de la norme de conformité aux usages honnêtes avec le droit de la responsabilité civile (article 1382 C. c.) et conférer à cette norme souple une rigidité qui ne lui sied pas.

On se rappellera utilement, en effet, qu'avant l'introduction de cette norme dans notre droit — par l'article 10*bis* inséré en 1900 dans la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, puis par l'A.R. n° 55 du 23 décembre 1934 — l'acte de concurrence déloyale ne pouvait

(84) *op. cit.*, p. 270.

(85) v. J.-L. FAGNART et M. DENÈVE, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile », *J.T.*, 1986, p. 304. n° 58.

(86) Comme le relève I. VEROUGSTRAETE, les articles 93 et 94 permettent d'englober presque tout le droit positif, public et privé, dans la mesure où il a un impact sur la concurrence ou la consommation (« Le rôle des magistrats dans l'application de la loi sur les pratiques du commerce », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur — Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Actes du colloque des 3 et 4 février 1994 à l'U.L.B., Bruylant, 1994, p. 34.

être combattu et sanctionné que par le biais de l'article 1382 du Code civil lequel, sur le plan des principes et en particulier de l'établissement de la faute, permet sans conteste d'obtenir *a posteriori* la réparation d'un dommage causé par un acte de concurrence déloyale.

Si l'article 1382 C.c. s'est révélé insuffisant pour régler les questions de concurrence déloyale, c'est, d'une part, en raison de la difficulté pour le demandeur de démontrer son dommage et, d'autre part, de la lenteur et du manque d'effet dissuasif de l'action en responsabilité (87). L'action en cessation a vu le jour pour parer à ces derniers obstacles. La démonstration d'un préjudice n'est, par ailleurs, plus requise, un simple risque de préjudice étant suffisant pour obtenir une condamnation sur pied des articles 93 ou 94 L.P.C.C.

La jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation (88) confirme la parenté de la norme de conformité aux usages honnêtes en matière commerciale avec l'article 1382 C.c., si bien que nombre de commentateurs, parmi les plus avisés et les mieux informés des intentions de la Cour, utilisent aujourd'hui volontiers les termes « concurrence illicite » en lieu et place de la traditionnelle expression « concurrence déloyale » (89). Même si la Cour de cassation ne l'a pas encore formulé de manière expresse, il apparaît clairement qu'elle entend aligner sa définition de l'atteinte à la norme de conformité aux usages honnêtes sur celle, qu'elle a imposée, de la faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Ainsi, toute violation par un vendeur — au sens de la L.P.C.C. — d'une quelconque disposition légale, de même que

(87) Sur tous ces points, v. J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 1991, pp. 125 et s., spéc. p. 130.

(88) Cass. 2 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1081 ; *R.D.C.*, p. 631, et la note I.V. ; Cass., 31 janv. 1992, *Pas.*, I, p. 481, obs., *R.D.C.*, p. 422, note C.S., « Les usages honnêtes ont-ils un lien avec l'honnêteté ? », *R.W.*, 1991-1992, p. 1369.

(89) J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 1991, pp. 125 et s., spéc. pp. 152, n^{os} 34 et s. ; I. VEROUGSTRAETE, « Le rôle des magistrats dans l'application de la loi sur les pratiques du commerce », *op. cit.*, p. 34, note 16 : « Par son arrêt du 31 janvier 1992, la Cour de cassation a souligné le caractère objectif du manquement aux usages honnêtes et, partant, le détachement de la stricte déontologie des commerçants basée sur le manque de fair play. La Cour abandonne en d'autres termes la notion de concurrence déloyale pour celle, plus pertinente, de concurrence illicite ».

toute méconnaissance de l'obligation de loyauté dans les relations commerciales (obligation générale de prudence) constitue une infraction :

— à l'article 93 L.P.C.C. si elle peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou plusieurs autres vendeurs ;
— à l'article 94 L.P.C.C. si elle peut porter atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs consommateurs (90).

28. — Par conséquent, sur le plan des principes, des trois éléments constitutifs de la règle de l'article 1382 C.c., seul l'élément « dommage » diffère — sans en être totalement absent — dans la nouvelle norme de conformité aux usages honnêtes en matière commerciale. La parenté étroite entre ces deux types de normes ne peut ainsi être mise en doute (91).

Or, la doctrine et la jurisprudence enseignent de manière constante que les règles de la responsabilité civile, et en particulier les articles 1382 et 1383 C.c., ne sont pas d'ordre public (92), même si les clauses exonératoires de responsabilité ne sont pas valables dans la mesure où elles s'étendent à la faute intentionnelle (93). La clause par laquelle une partie met à la charge de son cocontractant les suites d'une négligence est valable (94) mais l'auteur d'un dommage ne peut invoquer une clause d'exonération ou de limitation de responsabilité lorsqu'il a agi de mauvaise foi (95).

Comment alors soutenir que la norme de conformité aux usages honnêtes ressortirait, elle, à l'ordre public ? Ceci ne

(90) V. également le passage de l'exposé des motifs cité *supra*, § 10, et la note 26.

(91) En ce sens, v. M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Bruxelles, 1963, t. I[er], pp. 123 et s. ; H. SWENNEN et I. VEROUGSTRAETE, « Kroniek », *S.E.W.*, 1977, p. 686 ; A. DE CALUWÉ, « Betekenis en toepassing van art. 54 van de Belgisch wet Handelspraktijken », *IER*, 1986, p. 1. ; J. STUYCK, *op. cit.*, p. 156, n° 35 ; v. aussi comm. Verviers, 24 nov. 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 963.

(92) Cass., 29 sept. 1972, *Pas.*, 1973, p. 124 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge » in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe — Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, p. 234, n° 4 et s. et les réf. La jurisprudence française diffère peu sur ce point de la nôtre bien qu'elle limite plus fortement que la jurisprudence belge le champ de l'autonomie de la volonté, tenant « pour inefficaces les limitations conventionnelles de responsabilité lorsqu'une faute lourde peut être imputée à celui qui s'en prévaut » : J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 1059, n° 917.

(93) Cass., 25 avril 1958, *Pas.*, p. 944 ; Cass., 25 sept. 1959, *Pas.*, 1960, p. 113.

(94) Cass., 3 déc. 1982, *Pas.*, 1983, p. 423.

(95) Cass., 28 févr. 1980, *Pas.*., p. 794. La doctrine voit ici « une illustration de l'analyse selon laquelle la nullité est un droit de critique contre les effets de l'acte, droit qui peut être divisible quant aux effets critiqués. Seuls les effets illicites de la clause doivent

nous semble pas possible : l'affirmer reviendrait à parer des habits de l'ordre public *toute norme légale*, dont la violation pourrait porter atteinte à un vendeur ou à un consommateur au sens de la loi, c. à d. peu ou prou toutes les dispositions contraignantes en vigueur dans notre pays ...

Personne ne contestera, par ailleurs, que l'intérêt général soit sous-jacent à la norme de conformité aux usages honnêtes (comme il l'est à la norme de l'article 1382 C.c.). On ne s'en étonnera pas : nous avons vu déjà que l'intérêt général apparaît le plus souvent en filigrane des dispositions de droit impératif (96) et s'avère être un guide précieux pour le juge appelé à appliquer ces règles : ainsi que le précise J. Stuyck, les usages honnêtes en matière commerciale ne visent pas directement l'intérêt général (le bon fonctionnement du marché (97)), mais cet intérêt général doit être pris en compte dans toute application de la norme (98).

2. *L'interdiction de certains types de ventes ou de publicités*

a) Généralités

29. — Les réglementation des ventes dont il sera question ici sont celles qui n'ont pas pour objectif premier la protection du consommateur, contrairement aux régimes des clauses abusives, des ventes à distance ou des ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur (99). Seront donc évoqués ci-dessous les régimes respectifs des ventes à perte (*2*), des ventes à prix réduit et des bons de valeur (*3*), des ventes en liquidation, des ventes en solde et des ventes publiques (*4*), ainsi que des

disparaître sans qu'il soit nécessaire que la clause elle-même soit annulée ou modifiée » (SIMLER, cité par J. GHESTIN, *op. cit*, Le contrat : formation, p. 1060, n° 917).

(96) Et même de droit supplétif : si le législateur intervient, fût-ce seulement à défaut de convention contraire, on peut espérer qu'il soit mû, au moins en partie, par un souci d'intérêt général.

(97) V. Comm. Brux. (cess.), 23 juin 1993, *R.G. n° 3945/93 ;* DOC. CREDOC, *Prat. Comm., 09/93,*, p. 25, qui considère le bon fonctionnement du marché comme le critère déterminant de l'intérêt général en matière de pratiques du commerce ; en ce sens également : VAN DEN BERGH, R., « Beroepsdeontologieën en eerlijke handelspraktijken : geen synoniemen », *R.W.*, 1983-84, pp. 545 et s.

(98) « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et l'information e. la protection du consommateur*, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 1991, p. 164, n° 41 ; v. aussi J. STUYCK, « Algemene inleiding en toepassingsgebied », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Story-Scientia, 1992, p. 14, n° 21.

(99) V. à ce sujet *infra*, C, spécialement §§ 44 et suivants.

offres conjointes (*5*), des achats forcés (*6*) et enfin des ventes en chaîne (*7*).

On enseigne traditionnellement que les dispositions relatives aux ventes ainsi réglementées par la loi sur les pratiques du commerce se rattachent à la police du commerce plutôt qu'au droit des contrats ; qu'en raison de leur caractère illicite, les ventes conclues au mépris de l'interdiction légale sont entachées de nullité et que, cette interdiction relevant principalement de la police économique, il s'agit d'une nullité absolue (100).

Mais, par ailleurs, il apparaît clairement que l'interdiction de la vente à perte, tout comme la réglementation des soldes ou celle des offres conjointes, par exemple, visent essentiellement à protéger les classes moyennes à l'égard de la grande distribution. L'intérêt du consommateur n'est pratiquement pas pris en compte. Quant à l'intérêt général, il apparaît, au mieux, par transparence au travers de certaines de ces dispositions mais jamais ou presque au premier rang des préoccupations du législateur. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les édifiants travaux préparatoires à la loi du 5 novembre 1993 modifiant certaines dispositions en matière de ventes en solde et de bons de valeur : seules les classes moyennes ont été consultées, seul leur avis — très respectable au demeurant — fut pris en compte, malgré les réticences parfois vives de certains parlementaires soucieux, entre autres, de l'intérêt ignoré des consommateurs (101).

Ainsi que nous le verrons (102), cette peu consistante qualification d'ordre public des ventes réglementées bénéficiera indûment de l'occurrence d'un arrêt de rejet prononcé par la Cour de cassation à l'égard d'un pourvoi dirigé contre une décision qui avait tranché en faveur de la nullité absolue d'un contrat de vente à perte.

Quant à la réglementation de la publicité par la L.P.C.C., il faut constater que la plus grande circonspection — traduite le plus souvent par l'abstention de tout commentaire — préside

(100) Van Ryn, J., et Heenen, J., Principes de droit commercial, t. III, 1981, p. 493, note 1 ; Jacquemin et Schrans, *Le droit économique*, p. 120.

(101) Rapport Thissen, *Doc. parl.*, Ch., 1158/3 — 92/93.

(102) *Infra*, § 30.

à l'appréciation de son caractère. Nous tenterons donc témérairement une première analyse de cette question (*8*).

b) Les ventes à perte (articles 40 et 41)

30. — *L'affaire MELON.* Dans cette affaire, un consommateur, Monsieur Melon, avait acheté auprès d'un grand magasin quinze caisses de vin de Pauillac au prix de 206 F la bouteille. Or, ce vin avait été fourni au vendeur au prix de 212 F la bouteille. La vente à perte était manifeste. Le magasin refusa de livrer les bouteilles, invoquant tout d'abord son erreur dans l'indication du prix puis la nullité de la vente, étant donné son caractère de vente à perte. La Cour d'appel de Mons jugea ce dernier argument fondé et la Cour de cassation rejeta le pourvoi introduit par le consommateur.

La Cour d'appel avait décidé que la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce interdisait la vente à perte d'une manière générale ; que, *relevant de la police économique*, cette loi était donc d'ordre public avec pour conséquence que toutes conventions contraires à ses dispositions d'interdiction étaient nulles, de nullité absolue en application des articles 6 et 1133 du Code civil et, enfin, que l'application de l'adage « Nemo auditur ... » avait pour effet d'empêcher toute exécution de la convention (103).

La Cour de cassation fut saisie, par un Melon tout déconfit, d'un pourvoi *qui ne remettait pas directement en cause la qualification d'ordre public de la loi, et plus particulièrement de l'interdiction la vente à perte.* Elle put ainsi se borner, pour refuser la cassation, à rappeler un principe, qui à vrai dire n'a jamais souffert la moindre discussion sérieuse : « le fait qu'une vente à perte puisse faire l'objet d'un ordre de cessation par le président du tribunal de commerce n'exclut pas que cette vente puisse être déclarée nulle sur la base des articles 6 et 1133 du Code civil » (104).

Les sanctions de la cessation et de la nullité sont cumulables. Mais ce principe se vérifie à propos tant de la nullité

(103) 6 juin 1986, *Trade and Law*, 1986, II, p. 247.

(104) Cass., 17 mars 1988, *R.D.C.*, p. 914, note P. De Vroede et *D.C.C.R.*, 1989, p. 181, note J.-L. Fagnart.

relative que de la nullité absolue. On ne peut donc rien déduire de cet arrêt de la Cour de cassation ...

31. — Curieusement, il revint au Conseil d'Etat de se prononcer le plus souvent et le plus directement sur la question.

En effet, la situation se présenta à plusieurs reprises de commerçants qui ne pouvaient respecter un prix maximum imposé par arrêté ministériel (105), sans vendre à perte. Le commerçant qui vend à perte dans ces circonstances est-il à l'abri d'une sanction prise en application de la loi sur les pratiques du commerce ? Oui, d'après la jurisprudence constante du Conseil d'Etat (106), suivie sur ce point par la doctrine majoritaire (107).

Selon le Conseil d'Etat, le pouvoir ministériel en cette matière n'est limité que par la loi sur la réglementation économique et les prix et non par *la loi sur les pratiques du commerce* car cette dernière *a pour but essentiellement d'interdire aux commerçants de se livrer à certaines pratiques tendant à fausser le jeu normal de la concurrence tandis que la réglementation des prix poursuit, elle, des objectifs vraiment généraux et qui présentent un caractère économique essentiel* (108).

P. De Vroede considère que le Conseil d'Etat a ainsi implicitement dénié à l'article 22 de la loi de 1971 un caractère d'ordre public (109). A la réflexion, cette opinion paraît difficilement contestable (110) : il se déduit clairement des termes du Conseil d'Etat que la loi sur les pratiques du commerce ne poursuit pas des objectifs vraiment généraux et ne présente pas un caractère économique essentiel. La combinaison de cette analyse avec la définition traditionnelle de l'ordre public ne laisse subsister aucun doute.

(105) Pris sur pied de la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix.

(106) C.E., 7 mai 1974, n° 16.043 ; 19 avril 1978, n° 18.916 ; 8 juill. 1982, n° 22.427.

(107) V. les réf. citées par A. PUTTEMANS, « La réglementation de la vente à perte — étude critique », *J.T.*, 1991, p. 234, n° 57.

(108) V. aussi P. FAES, « Juridisch onderzoek naar de geoorloofheid van verlieslatende maximumprijsbesluiten », *R.D.C.*. 1985, p. 248, n° 14.

(109) « Het probleem van de civielrechtelijke sanctie van verboden handelsverrichtingen », *R.D.C.*, 1988, p. 620, n° 5.

(110) Même si, à tort, nous avions très succinctement suggéré le contraire dans une étude précédente : A. PUTTEMANS, *op. cit.*, *J.T.*, 1991, p. 236, n° 63.

32. — La jurisprudence récente semble pourtant emprunter la voie tracée par l'arrêt de la Cour d'appel de Mons dans l'affaire Melon. Ainsi, la Cour d'appel d'Anvers (111), après avoir constaté que le législateur n'avait nullement défini ce qu'il fallait entendre ni par « frais généraux », ni par « marge exceptionnellement réduite » décida que le caractère d'ordre public de l'interdiction de la vente à perte imposait au juge du fond une interprétation restrictive (112). Mais l'affirmation de ce caractère d'ordre public ressemble bien plus à une pétition de principe — d'ailleurs inutile « pour les besoins de la cause » — qu'à l'aboutissement d'un raisonnement juridique approfondi.

33. — Quel serait donc l'intérêt général prépondérant poursuivi par le législateur, lui-même constamment poursuivi par les organisations des classes moyennes en vue du maintien de la prohibition (113) ? En quoi les bases de notre système juridique et économique auraient-elles été fondamentalement mises en péril par le maintien et l'exécution du contrat Melon ou le seraient-elles par le maintien de contrats similaires ?

Dans l'optique que nous avons défendue à propos du caractère impératif de la norme générale de conformité aux usages honnêtes (114), il ne nous paraît pas possible de classer les articles 40 et 41 de la L.P.C.C. parmi les dispositions d'ordre public. Toutes pratiques volontairement destructrices de concurrence, faisant appel de manière déloyale à la technique du prix d'appel ou encore accompagnées de procédés de publi-

(111) Qui statuait encore sous l'empire de la loi de 1971.

(112) Anvers, 18 nov. 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 655. Dans le même esprit, relevons une décision du président du tribunal de commerce de Bruxelles pour qui « la loi (de 1971) sur les pratiques du commerce est une loi de police et de sûreté dont les dispositions sont assorties de sanctions pénales. Une telle loi est de stricte interprétation, ce qui implique que les définitions y données doivent être lues restrictivement et qu'elles ne s'appliquent ni par extension ni par analogie et que les termes utilisés ne peuvent, de même, recevoir une autre signification que celle que la loi ou le langage usuel lui confère » (cess, 6 déc. 1985, *J.T.* 1986, p. 441). En réalité, toute disposition contraignante est d'interprétation restrictive, en ce sens que la liberté ne peut être restreinte par l'application d'un texte légal susceptible d'interprétations contradictoires en raison de ses lacunes ou de son manque de précision. A ce point de vue également, la distinction entre l'ordre public et les disposition impératives n'est guère pertinente.

(113) Pour un historique de la L.P.C., et plus particulièrement de l'interdiction de la vente à perte, v. A. De Caluwé, A.-Cl. Delcorde et X. Leurquin, *Les pratiques du commerce*, Larcier, 1973, pp. 110 et s.

(114) *Supra*, §§ 24 et suivants.

cité trompeuses constitueraient autant d'infractions à la L.P.C.C., en dehors même d'une prohibition de principe de la vente à perte. Or les contrats conclus dans de telles circonstances ne seraient pas, selon nous, entachés pour autant de nullité absolue (115). Comment justifier alors qu'une « simple » vente à perte, non accompagnée de pareilles circonstances aggravantes puisse être sanctionnée plus largement ? (116)

c) Les ventes à prix réduit, le régime des bons de valeur (articles 42 à 45 et 63 à 68)

34. — Le fondement de ces dispositions ne diffère guère de celui des articles qui prohibent la vente à perte sinon par la volonté législative plus affirmée ici de protéger le consommateur. Rien n'indique donc qu'il faille les considérer comme d'ordre public. L'action en nullité n'appartient qu'au consommateur. Les tiers intéressés trouvent une protection suffisante dans l'action en cessation.

d) Les ventes en liquidation, les ventes en solde, et les ventes publiques (articles 46 à 48, 49 à 53 et 69 à 75)

35. — Le caractère simplement impératif de ces dispositions se fait plus net encore que dans les cas précédents.

Sauf exceptions, ces trois types de ventes doivent obligatoirement se dérouler dans les locaux définis par la loi (117). Selon P. De Vroede, semblables dispositions ne répondent assurément pas à la définition qu'a donné la Cour de cassation de l'ordre public (118) : « niemand zal voorhouden dat het hier gaat om bepalingen van openbare orde » (119).

La réglementation des ventes en liquidation et des ventes publiques se caractérise encore par le nombre de formalités administratives imposées aux vendeurs : obligation, en prin-

(115) V. *supra*, à propos de la norme de loyauté, §§ 24 et suivants, et *infra*, en matière de publicité, §§ 40 et suivants.

(116) Et comment, au nom de quel principe supérieur, admettre que le droit de critique qu'est l'action en nullité puisse être ouvert, comme dans l'affaire Melon, au vendeur à perte lui-même ?

(117) L.P.C.C., articles 48, § 2 ; 51, §§ 1er et 72.

(118) V. *supra*, § 2.

(119) « Het probleem van de civielrechtelijke sanctie van verboden handelsverrichtingen », *R.D.C.*, 1988, p. 619.

cipe, de notifier au Ministre tout projet de vente en liquidation ordinaire (120) et tout projet de vente en liquidation par vente publique ; dans ce derniers cas : obligation de joindre à la notification un inventaire des produits à liquider (121). Comme le précise J.-L. Fagnart, ces formalités ont pour but d'informer l'administration et ne pourraient ainsi entraîner l'annulation du contrat conclu alors qu'elles n'auraient pas été respectées (122).

Dans l'esprit du législateur, il s'agit ici, par le biais de dispositions très pointilleuses, de protéger les brebis contre les loups et les loups contre leurs semblables. Encore une fois, le souci d'un bon fonctionnement du marché n'est pas étranger à cette réglementation mais seulement de manière indirecte et plutôt marginale.

e) Les offres conjointes de produits ou de services (art. 54 à 62)

36. — Même si l'interdiction des offres conjointes reste limitée aux offres conjointes *aux consommateurs* (123), elle tire moins son inspiration d'un souci de protection des consommateurs que de la volonté de donner satisfaction aux réclamations de nombreux commerçants qui, avant la loi de 1971, se plaignaient de voir accorder à titre de primes les produits qu'eux-mêmes vendaient (124). Le but de la loi consiste avant tout à éliminer un procédé jugé de nature à fausser la concurrence au détriment des petits détaillants et, en second lieu seulement, à protéger le consommateur contre des pratiques qui stimulent — voire créent — en lui artificiellement le besoin d'acheter, par la perspective de l'octroi de tel ou tel avantage « gratuit ».

Ces deux objectifs — prohibition de la concurrence jugée déloyale et protection du consommateur — sont étrangers à

(120) L.P.C.C., article 48, § 1er.

(121) L.P.C.C., article 71, § 2.

(122) « La formation et l'exécution des contrats », in *Pratiques du commerce et information du consommateur*, Story-Scientia, 1988. p. 126.

(123) L'article 62, § 1er, 8, L.P.C.C. habilite le Roi à étendre l'interdiction aux offres conjointes faites aux revendeurs. Le Roi n'a cependant jamais fait usage de ce pouvoir alors même qu'il le détenait déjà sous l'empire de la loi de 1971 : L.P.C., article 43, § 1er, 8.

(124) J. Van Ryn et J. Heenen, *op. cit.*, p. 142, n° 134.

l'ordre public. La prohibition des offres conjointes n'est donc, elle aussi, qu'impérative (125).

La seule décision qui, à notre connaissance, ait jamais eu à se prononcer directement sur les effets civils de la réglementation des offres conjointes n'est guère éclairante. Dans cette affaire, où une chaîne stéréo avait été offerte en prime à l'achat d'une cuisine équipée, le tribunal de première instance de Courtrai débouta le vendeur de son action en résolution de la vente aux torts de l'acheteur (126) — lequel regrettait son achat et refusait d'exécuter des obligations contractuelles — au motif, non autrement explicité, qu'il s'agissait d'une offre conjointe interdite (127). Annotant ce jugement, P. De Vroede y vit une consécration, implicite, du caractère impératif de cette disposition de la loi sur les pratiques du commerce et s'en félicita (128).

f) Les achats forcés (art. 76)

37. — La pratique de l'achat forcé a toujours été envisagée avec sévérité par la loi, qui la prohibe de manière tout à fait générale : il est interdit de faire parvenir un produit ou de fournir un service à une personne, sans demande préalable de sa part, que l'on soit ou non vendeur au sens de la L.P.C.C. Cette interdiction a été étendue aux services par la loi de 1991.

Par ailleurs, des dérogations à l'interdiction peuvent toujours être accordées par le Ministre pour les offres faites dans un but philanthropique. Mais la clause qui prévoirait une présomption d'acceptation tacite du service ou d'achat du pro-

(125) La doctrine reste, dans l'ensemble, très hésitante, à l'image de MM. Van Ryn et Heenen. Dans le I^er^ tome de leur traité, ceux-ci considéraient l'interdiction des offres conjointes aux consommateurs comme une mesure destinée à protéger les acheteurs et en concluaient que seuls ces derniers pouvaient se prévaloir de la nullité : *Principes de droit commercial*, t. I^er^, 2^e^ éd., 1976, p. 146, n° 140. Dans le troisième tome des *Principes*, on peut lire, au contraire, que les ventes conclues au mépris d'une interdiction portée par la loi (parmi lesquelles les offres conjointes, les ventes à perte, les achats forcés, les ventes en chaîne) sont entachées de nullité et que, « comme l'interdiction relève principalement de la police économique, il s'agit d'une nullité absolue », 2^e^ éd., 1981, p. 574, n° 722.

(126) Il déclara même son action purement et simplement *irrecevable*. A notre sens, il aurait dû la déclarer recevable mais non fondée.

(127) Civ. Courtrai, 7 déc. 1981, *R.W.*., 1982-83, c. 174. On notera que le ministère public siégeait à l'audience de cette chambre civile et qu'il avait, par ailleurs, engagé d'office des poursuites pénales contre le vendeur. Mais il ne semble pas qu'il ait, en audience civile, fait appel à la notion d'ordre public pour justifier son intervention.

(128) Note sous la décision précitée, c. 176.

duit est sans portée puisqu'en aucun cas (pas même en cas de dérogation ministérielle) le destinataire n'est tenu de payer ni de restituer le produit.

La sanction des contraventions à l'article 76 est originale (129) et efficace : la personne à qui l'on tente ainsi de forcer la main devient propriétaire du bien ou bénéficiaire du service sans en devoir le prix. C'est l'un des trop rares exemples de l'imagination dont le législateur a pu faire preuve en la matière.

38. — L'introduction d'une sanction *contractuelle* spécifique, autre qu'une « simple » nullité, ôte-t-elle tout intérêt à la détermination du caractère de l'interdiction légale ?

Non, s'il faut suivre la décision du tribunal de commerce de Bruxelles (130) prononcée à l'occasion d'un litige où était mise en cause la validité d'une convention de cession d'un fonds de commerce. Celui-ci consistait essentiellement, sinon exclusivement, en un système de vente présenté comme original par le vendeur du fonds : à chaque nouveau commerçant était envoyée une plaque gravée à son numéro d'inscription au registre du commerce ainsi qu'une facture et une lettre l'invitant soit à payer le prix facturé, soit à renvoyer la plaque sans frais à son expéditeur. Quelques semaines après la cession, l'acheteur apprit que cette méthode de vente était contraire à la loi. Il assigna son vendeur en justice et demanda au tribunal de dire pour droit que la cession du fonds de commerce était entièrement nulle (131) puisqu'elle reposait sur un système de vente interdit par l'article 51 L.P.C.C. Il faisait valoir que la loi sur les pratiques du commerce tend à mettre en place une certaine forme d'organisation économique. Le tribunal admit cet argument, estimant en termes très généraux que « cette législation doit être considérée comme d'ordre public ». Il déclara la cession nulle en raison de sa contrariété aux

(129) Même si elle n'est pas neuve puisqu'elle était déjà présente dans la loi de 1971.

(130) 13 janv. 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 24.

(131) Cette formulation de la demande n'est pas très heureuse, dans la mesure où elle semble considérer la nullité de la convention comme un *état* de celle-ci, alors que la doctrine contemporaine a démontré que la nullité est non un état mais une *sanction* de l'acte : v. J. GHESTIN, *op. cit.*, Le contrat : formation, 2e éd., L.G.D.J., Paris, 1988, pp. 859 et s., spéc. p. 869, n° 729. Il est ainsi préférable de demander *l'annulation* de l'acte.

articles 6 et 1133 C.c. (132), non sans avoir longuement vérifié, d'une part, que le fonds de commerce cédé comprenait à peu près exclusivement ladite méthode de vente et que, d'autre part, le vendeur avait cédé le fonds — et la technique de vente illicite — sciemment et volontairement (« wetens en willens ») (133).

On peut se demander cependant si, à considérer l'article 76 L.P.C.C. comme simplement impératif, la solution eût été vraiment différente. Dès lors qu'une méthode de vente s'organise en totale contradiction avec une disposition légale contraignante, la convention qui a pour unique objet de mettre en œuvre cette méthode est nécessairement contraire à l'ordre public (134).

La détermination du caractère d'une disposition n'offre donc plus guère d'intérêt pratique à partir du moment où le législateur règle précisément, comme ici, le régime des sanctions civiles. Nous avons vu que la possibilité d'intervention d'office du ministère public reste purement théorique (135). Quant à l'application de la loi dans le temps, on ne peut que souhaiter que le législateur contemporain — par ailleurs si prolixe de nature — exprime clairement sa volonté de régir ou non les contrats en cours (136)

(132) La référence à l'article 1136 C.c., dans le texte du jugement tel qu'il est reproduit par la *R.D.C.*, semble uniquement due à une erreur de frappe.

(133) Cette dernière vérification était assurément inutile pour décider d'annuler une convention dont l'objet est illicite. La bonne foi ou l'« innocence » du vendeur n'auraient pas modifié les données du problème.

(134) Comp. avec la question de l'illéicité des conventions ayant pour but de méconnaître des obligations ou des abstentions imposées par la loi pénale : H. De Page, *op.cit.*, p. 133, 16° ; J. Ghestin, *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 99, n° 108. La nullité absolue frapperait également, à notre sens, la convention qui aurait été conclue après la signification et au mépris d'un ordre de cessation devenu par la suite définitif, quelle que soit la disposition sur la base de laquelle l'ordre de cessation aurait été rendu.

(135) V. *supra*, § 19.

(136) Ainsi qu'il vient de le faire, par exemple, dans la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19297, en son article 88, § 3, : « la présente loi ne porte pas préjudice aux droits acquis en vertu de la loi ou par l'effet d'actes juridiques, ni aux actes d'exploitation accomplis antérieurement à son entrée en vigueur ». La pratique législative actuelle, qui consiste le plus souvent à charger le pouvoir judiciaire de régler les questions juridiques épineuses et restées confuses lors

g) Les ventes en chaînes et les ventes ou offres en vente faisant abusivement état d'actions philanthropiques, humanitaires ou de nature à éveiller la générosité du consommateur (L.P.C.C., art. 84 et 85)

39. — Les infractions à ces dispositions, regroupées au sein d'une section intitulée « Des pratiques de vente illicites », sont les seules dispositions de la loi qui soient punissables d'une peine d'emprisonnement (137). Le législateur, au cours des travaux parlementaires, a qualifié ce genre de vente, de « procédé immoral et dangereux ». En effet, « la nocivité des ventes en chaîne vient de ce que l'organisation est basée la plupart du temps, non sur la vente de produits, mais sur le recrutement de nouveaux participants indépendants qui, après avoir fait un investissement souvent important (achat de produits, écolage, frais divers), recrutent eux-mêmes d'autres distributeurs qui devront à leur tour en trouver d'autres pour couvrir leurs frais et obtenir un gain éventuel, jusqu'au moment où, inévitablement, le marché sera saturé » (138). Relevons que P. De Vroede lui-même, généralement peu enclin à reconnaître un caractère d'ordre public aux dispositions de la L.P.C., attribue sans hésiter cette qualification à l'interdiction des ventes en chaîne (139).

Ces dispositions ressortissent donc à n'en pas douter à l'ordre public le plus strict et l'on pourrait même leur reconnaître un caractère d'ordre public international belge tant il serait choquant d'admettre l'application en Belgique d'une loi étrangère qui autoriserait ces pratiques (140). Une telle considération n'est peut-être pas tout à fait théorique quand on sait que ce genre de méthode frauduleuse d'enrichissement est assez prisée par certaines sectes religieuses internationales ...

des travaux parlementaires, est-elle vraiment saine et conforme à la répartition constitutionnelle des pouvoirs ?

(137) La L.P.C. de 1971 renvoyait expressément aux peines prévues en cas d'*escroquerie*. Ce n'est plus le cas aujourd'hui mais la loi n'a rien perdu de sa sévérité.

(138) Exposé des Motifs, *Doc. Parl.*, Sén., 947 (1984-1985), n° 1, p. 41.

(139) *Op. cit.*, *R.D.C.*., 1988, p. 619.

(140) V. la définition de l'ordre public international, par N. WATTÉ, citant R. VANDER ELST : il s'agit de « l'extrême sommet d'une intensité exceptionnelle de l'ordre public interne », note sous Cass., 22 oct. 1986, *J.T.*, 1987, p. 56.

h) La réglementation de la publicité (articles 22 à 28)

40. — Si l'influence de la publicité sur la validité du contrat conclu avec la personne ainsi séduite et parfois trompée a été maintes fois étudiée (141), il faut bien constater que le problème n'est pratiquement jamais abordé en termes de contrariété de la publicité à l'ordre public ou à une disposition impérative de la loi.

L'insertion de la règle portée par l'article 24, § 3 L.P.C.C. (142) ne modifie en rien ce constat puisqu'elle concerne uniquement les questions d'interprétation du contrat mais non la validité de celui-ci au regard de la réglementation de la publicité.

Et de fait, la violation des dispositions de l'article 23 L.P.C.C. (143) ne pourrait, en tant que telle, emporter l'annulation du contrat conclu avec le consommateur, quel que soit le caractère de ces dispositions. Seule la démonstration de l'existence d'un vice du consentement ou d'un dol aura cet effet.

41. — Dans une récente décision de cessation (144), dont la lecture est rendue plaisante par le style très vivant du président de séant et par les péripéties vécues « en temps réel » par toutes les parties prenantes (145), il fut énoncé que « l'obligation de correction dans les annonces publicitaires est un des facteurs élémentaires et primordiaux constitutifs de l'éthique des affaires et une des conditions indispensables de l'ordre public économique » et que, par la réalisation d'une publicité trompeuse, la défenderesse avait « faussé le jeu correct de la liberté de la concurrence ». Cette qualification d'ordre public

(141) V. en particulier le long article que G. KOEN a consacré à ce thème, « Handelspraktijken : de gevolgen van misleidende reclame op het contract », *D.C.C.R.*, 1993, pp. 116 et s.

(142) « Les contrats et les conditions de fourniture de produits et de services aux consommateurs peuvent être interprétés notamment en fonction des données de fait visées au § 1er et contenues dans la publicité ».

(143) Lequel énumère 13 formes de publicité prohibées.

(144) Comm. Brux. (cess.), 14 août 1992, *Ing. Cons.*, 1993, p. 116.

(145) L'audience eut lieu dans les locaux mêmes de la défenderesse. L'expert effectuait sa mission au sous-sol pendant que les parties s'expliquaient devant le juge dans le bureau du magasin — qui faisait office de salle d'audience et devait ainsi rester portes ouvertes. L'état d'honoraires de l'expert fut taxé immédiatement et une tentative de négociation eut lieu sur place à l'initiative du juge, en vain..

était cependant surabondante : nous avons vu déjà que ni la recevabilité ni le fondement de l'action en cessation ne diffèrent selon que la disposition dont la violation est invoquée appartient ou non à l'ordre public (146). L. De Gryse est également d'avis que les dispositions de l'article 23 L.P.C.C. touchent à l'ordre public (147) mais il ne développe pas son point de vue à ce sujet.

Dans la première édition de leur ouvrage, A. De Caluwé, A.C. Delcorde et X. Leurquin classent la réglementation de la publicité, dans son ensemble, parmi les « législations de nature concurrentielle mais ayant une incidence sur le consommateur » (148), tout en reconnaissant que la subdivision qu'ils opèrent est en réalité plus complexe et plus enchevêtrée (149).

Plus récemment, A. De Caluwé (150) a reproché au législateur de 1991 d'avoir maintenu le principe de l'interdiction limitative de certaines formes déterminées de publicité puisqu'une communication promotionnelle qui n'entrerait dans aucun des schémas prévus par les 13 alinéas de cette disposition ne pourrait être attaquée sur la base de celle-ci. Et d'ajouter qu'il aurait suffi pour éviter cette situation que l'article 23 soit libellé comme suit : « Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, est interdite toute publicité contraire aux usages honnêtes et notamment celle :

1° (suivent ici les 13 alinéas de la loi actuelle) ».

Il apparaît donc que, pour cet auteur, le fondement de l'illéicité de la publicité au sens de la L.P.C.C. est celui de la norme de conformité aux usages honnêtes. Or, nous avons déjà pu montrer combien le classement de cette norme dans l'ordre public est contestable.

P. De Vroede ne s'est, pour sa part, prononcé qu'à propos de l'interdiction de la publicité comparative. Selon lui, il ne peut être soutenu qu'une publicité permettant sans nécessité

(146) *Supra*, § 9.

(147) « De vernieuwingen inzake reclame », in J. STUYCK et P. WYTINCK (éd.), *De nieuwe handelspraktijken*, Kluwer, 1992, p. 50.

(148) *Pratiques du commerce, op. cit.*, p. 29.

(149) *Idem*, p. 28, note 42.

(150) « La publicité », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, op. cit.*, p. 45.

d'identifier un ou plusieurs autre commerçants (151) touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société (152).

A consulter les travaux parlementaires, on constate que le souci du législateur recouvre les deux pôles essentiels de la loi : la protection du consommateur et la lutte contre la concurrence déloyale (153), même si la définition de la publicité n'est pas limitée aux relations entre vendeurs ni avec les consommateurs. L'exposé des motifs précise encore, dans le sens développé par A. De Caluwé, que : « En matière de publicité (...) est poursuivie l'œuvre de codification des usages honnêtes » (154).

42. — Partisans ou adversaires de la qualification d'ordre public de la réglementation de la publicité semblent ainsi s'accorder pour reconnaître que les formes de publicité prohibées par la L.P.C.C. constituent, aux yeux du législateur, des abus de la liberté de la concurrence. Il ne s'agit pas ici, au contraire des nécessités qui dominent la réglementation de la publicité dans d'autres matières — comme la lutte contre le tabagisme ou contre l'abus de médicaments — de prendre directement des mesures de protection de l'intérêt général. Au reste, la L.P.C.C. ne poursuit pas un but unique en réglementant la publicité. C'est peut-être en ce domaine que se rencontrent de la manière la plus inextricable les trois types d'intérêts que nous mentionnions en préambule : l'intérêt des consommateurs, celui des vendeurs (au sens de la L.P.C.C.) et l'intérêt général.

L'intérêt général n'étant donc pas prédominant dans les intentions du législateur, il nous paraît plus juste de qualifier d'impérative la réglementation de la publicité par la L.P.C.C.

(151) Nous dirions aujourd'hui : un ou plusieurs autres vendeurs.

(152) « Het probleem van de civielrechtelijke sanctie van verboden handelsverrichtingen », *R.D.C.*, 1988, p. 619.

(153) Rapport de Cooman et Nicolas, *Doc. parl.*, Sén., 464 (1986-1987) — n° 2, pp. 58 et s.

(154) *Doc. parl.*, Sén., 947 (1984-1985), n° 1, p. 3. Notons encore que le ministre des Affaires économiques a expressément indiqué, lors des travaux préparatoires, que la publicité dénigrante est un acte prohibé par la norme générale de loyauté : Rapport De Cooman, *Doc. parl.*, Sén., 1200-2 (1990-1991), p. 22.

3. *L'information et la protection du consommateur*

a) L'information générale de tout consommateur (articles 2 à 15)

43. — Les règles relatives à l'indication des prix et des quantités ainsi qu'à la dénomination, à la composition et à l'étiquetage des produits et des services visent avant tout à assurer une certaine transparence du marché (155), en particulier, mais pas uniquement, au stade de la vente au consommateur (156).

Les informations rendues ainsi obligatoires s'adressent de manière anonyme à tout consommateur (157). Il ne s'agit pas ici de protéger le consommateur dans sa relation contractuelle avec le vendeur mais d'imposer à tout vendeur, « emplisseur » — pour reprendre l'élégant néologisme du législateur — ou conditionneur, une obligation générale et objective.

On relèvera au surplus, même si l'on sait qu'une telle circonstance n'est pas en soi déterminante, que ces dispositions sont pénalement sanctionnées sans qu'il soit nécessaire de démontrer la mauvaise foi de leur auteur.

Les règles qui imposent le minimum minimorum en matière d'indication des prix et des quantités paraissent indispensables à la mise en œuvre de toute une série d'autres mesures de droit économique, dont certaines présentent un caractère d'ordre public difficilement contestable (telle la réglementation des prix). Elles sont essentielles aussi en vue de l'application de nombreuses réglementations impératives, comme celles des ventes en solde, à prix réduit, à perte, en liquidation, etc. Selon nous, les articles 2 à 4 et 8, 10 et 11 L.P.C.C., relèvent

(155) F. DOMONT-NAERT, « L'information du consommateur dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et su. l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Editions du Jeune Barreau, 1991, p. 105 ; v. aussi P. DE VROEDE et G.-L. BALLON, « Evaluatie naar belgisch recht van de juridische technieke voor een beleid gericht op de transparantie van de markt », in E. BALATE, J. STUYCK (éd), *Pratiques du commerce et information du consommateur*, Story-Scientia, 1988, pp. ? ? ? et s.

(156) Malgré l'intitulé de ce chapitre, certaines de ses dispositions s'imposent aussi entre professionnels : v. les articles 8 et 9, en matière d'indication des quantités.

(157) F. DOMONT-NAERT, *loc. cit.*

ainsi de l'ordre public (158). Notre scepticisme se réveille cependant à l'égard de dispositions telles l'article 5 (qui impose la forme de certaines annonces de réduction des prix) ou l'article 13 (relatif, entre autres, à l'emploi des langues dans l'étiquetage (159)). La portée du premier n'est pas générale. Il n'a trait qu'aux indications d'une réduction de prix qui s'expriment par un montant ou un pourcentage, alors que bien d'autres techniques existent pour suggérer une réduction de prix, techniques réglementées par les règles de fond — elles-mêmes simplement impératives selon nous (160) — des articles 42 et suivants L.P.C.C. Quant à l'article 13, ce n'est pas tant son éventuelle contrariété avec le droit européen qui nous fait mettre en doute son caractère d'ordre public (161), que l'aspect « pot-pourri » de son contenu. Il réglemente, en termes confus, tantôt les mentions obligatoires de l'étiquetage, tantôt d'autres mentions et, tout en faisant mine de distinguer nettement les notions d'étiquetage et de publicité, mêle allégrement les deux en son dernier alinéa, lequel n'a pas d'autre portée que d'interdire une forme de publicité trompeuse, visée par l'article 23, 1° L.P.C.C. ...

b) L'interdiction des clauses abusives (articles 31 à 34)

44. — Il a été dit, au cours des travaux préparatoires à la L.P.C.C., que l'interdiction des clauses abusives énumérées par la « liste noire » de l'article 32 revêtait un caractère d'ordre public et que le juge civil serait tenu de prononcer d'office la nullité de ces clauses (162).

(158) Ce qui ne signifie pas que leur violation pourrait en tant que telle entraîner la nullité du contrat conclu avec une personne qui n'aurait pas été informée conformément à ces dispositions. Celle-ci devrait encore démontrer qu'en raison de ce manque d'information, son consentement fut vicié.

(159) V., à propos des difficultés d'application et des conséquences étranges de cet article, Comm. (cess.), 21 décembre 1992, *Ann. Prat. Comm. 1992*, p. 33, note de J.-L. FAGNART, p. 39.

(160) V. *supra*, § 34.

(161) Nous avons vu que la qualification d'ordre public d'une disposition nationale n'interfère pas dans la question de sa compatibilité avec d'autres normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures : v. *supra*, § 12.

(162) Exposé des Motifs, *Doc. Parl.*, Sén., 947 (1984-1985), n° 1, pp. 20 et 21 ; explications du Ministre reprises dans le Rapport De Cooman, *Doc. parl.*, Sén., 1200 (1990-1991), n° 2, p. 40. Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, les travaux préparatoires à la loi de 1991 tiennent de l'amphigouri. Relevons que ce constat n'est pas propre à la Belgique puisque J. GHESTIN écrit, à propos des parlementaires français appelés à élaborer la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, qu'en ce qui

Th. Bourgoignie et E. Balate ont exprimé la même opinion en ces termes : « Le consommateur fera échec aux effets produits par cette clause en invoquant sa nullité. Serait-il en défaut de le faire, par négligence ou à défaut de comparaître à l'audience à laquelle il a été cité, le juge se trouverait dans l'obligation de prononcer d'office cette nullité. Le caractère d'ordre public autorise en outre que le moyen soit soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation » (163). Et P. Wolfcarius, de défendre à son tour cette opinion : « la nullité sanctionnant les clauses énoncées à l'article 32 est une nullité absolue et non relative. Il appartient en effet au juge de soulever d'office cette nullité si elle n'a pas été demandée » (164).

Pourtant, chacun s'accorde à assigner à ces dispositions un but de protection des consommateurs par le rétablissement d'un certain équilibre (juridique et non économique) contractuel (165). Certes, à terme, l'élimination progressive des clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs devrait contribuer à améliorer la fluidité et la transparence du marché. L'intérêt général devrait ainsi profiter de l'application de ces dispositions mais, tout comme en matière de lutte contre la concurrence illicite, sa protection n'est qu'indirecte et incidente. Les intérêts directement protégés sont les intérêts particuliers d'une catégorie bien déterminée de personnes (166). Les dispositions qui prohibent les clauses abusives sont impératives et non d'ordre public au sens de la terminologie belge.

La raison principale pour laquelle leur caractère d'ordre public est invoqué tient à l'efficacité espérée du régime des nullités attachées à leur méconnaissance. Selon les tenants de la thèse de la nullité absolue des clauses abusives, le juge ne

concerne le caractère de la nullité des clauses abusives, « leurs formules sont juridiquement si incertaines qu'il semble difficile de leur accorder une valeur quelconque... », *op. cit.*, Le contrat : formation, p. 691, n° 606-1.

(163) « Le traitement des clauses abusives en droit belge », *R.D.C.*, 1989, p. 655.

(164) « La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi ». in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991, op. cit.*, p. 323.

(165) *Idem*, p. 311.

(166) Les clauses abusives qui entachent les contrats avec une personne, même en situation économiquement, juridiquement ou techniquement faible, qui n'est pas un consommateur au sens de la loi, ne sont pas critiquables au regard des articles 31 et suivants L.P.C.C.

pourrait soulever d'office qu'un moyen d'ordre public et non un moyen tiré de la violation d'une disposition simplement impérative.

Or, nous avons vu (167) que tout moyen nouveau peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation pourvu qu'il soit de pur droit, ce qui implique non seulement la possibilité mais également le devoir pour le juge du fond de soulever d'office tout moyen de pur droit, en particulier toute cause d'illégalité d'un contrat, que cette illégalité soit d'ordre public ou non.

Les tribunaux qui soulèvent actuellement d'office des moyens d'illégalité de certaines clauses contractuelles ou autres conditions générales opposées à un consommateur, sur pied des articles 31 et suivants L.P.C.C., ont ainsi raison de le faire, indépendamment de toute qualification d'ordre public de ces dispositions.

Reste l'article 33, § 3, L.P.C.C. qui dispose que le consommateur ne peut renoncer aux droits établis en sa faveur par les articles 31 et suivants. Il est certain que cette disposition rend nulle toute renonciation contractuelle préalable par laquelle le consommateur serait privé de son droit d'invoquer la nullité de telle ou telle clause. Mais une fois disparue la raison d'être de la protection légale, on n'aperçoit pas pourquoi il serait interdit au consommateur de renoncer à se prévaloir de telle ou telle cause de nullité, sauf si, ce faisant, il renonçait à invoquer une règle qui serait, elle, véritablement d'ordre public. Car la « liste noire » des clauses déclarées abusives d'office par l'article 32 de la loi comprend un grand nombre de règles qui font déjà partie intégrante de notre droit et qui relèvent même, pour certaines, de l'ordre public. Il en va ainsi des dispositions interdisant les clauses qui visent ou ont pour effet de limiter ou supprimer le droit d'agir en justice (168).

(167) V. *supra*, §§ 14 et suivants.

(168) Sur cette question, v. V. SIMONART, « La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur — Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Actes du colloque des 3 et 4 février 1994 à l'U.L.B., Bruylant, 1994, p. 94, qui conclut cependant au caractère d'ordre public des clauses visées par l'article 32 L.P.C.C.

Si l'on ne peut encore déterminer quelle est la tendance de la jurisprudence à propos de cette question, la doctrine se prononce aujourd'hui massivement, et avec raison selon nous, en faveur du caractère simplement impératif de la réglementation des clauses abusives (169).

c) Les ventes aux consommateurs conclues en dehors de l'entreprise du vendeur

45. — L'exposé des motifs affirme d'emblée que « la présente section a pour but d'offrir une protection appropriée et efficace au consommateur démarché en dehors de l'entreprise du vendeur » (170) mais ajoute que la disposition qui deviendra l'article 89 de la L.P.C.C. est « d'ordre public » (171).

Nous avons déjà remarqué, à propos de la réglementation des clauses abusives, que les qualifications des travaux préparatoires en rapport avec la notion d'ordre public doivent être manipulées avec la plus grande prudence tant il est peu sûr que cette notion ait bien été saisie et entendue dans le sens strict qui a été consacré par la Cour de cassation. L'influence du droit français de la consommation fut importante dans l'élaboration de la loi et il n'est pas exclu que la très large notion française de l'ordre public (qui embrasse notre conception de l'ordre public mais encore la catégorie des dispositions impératives) ait quelque peu enflé les propos de nos parlementaires : à lire certains passages des travaux préparatoires, il nous vient le sentiment qu'une disposition qui n'est pas qualifiée d'ordre public risquerait de ne pas être suffisamment prise au sérieux ... Ce serait là situer bien mal l'utilité de la notion d'ordre public.

(169) I. VEROUGSTRAETE, « Le rôle des magistrats dans l'application de la loi sur les pratiques du commerce », *op. cit.*, à paraître, note 49 ; M. FLAMÉE, « Onrechtmatige bedingen », *R.D.C.*, 1993, 645, n° 33 ; J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*, 1992, p. 588 ; E. DIRIX, « De bezwarende bedingen in de W.P.H. », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Story-Scientia, 1992, p. 316 ; P. DE VROEDE, « De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument », *R.W.*, 1991-1992, p. 799, n° 28 ; L. DE BROUWER, « Les ventes réglementées », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, Ed. Jeune Barreau, 1991, p. 91, n° 47. *Contra* : V. SIMONART, *op. cit.*, p. 94.

(170) Exposé des Motifs, *Doc. Parl.*, Sén., 947 (1984-1985), n° 1, p. 42.

(171) *Ibidem*, p. 44.

Au surplus, pour ce qui se rapporte plus spécialement à la réglementation des ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, il n'est pas indifférent de relever que le texte du projet de loi sur lequel porta l'exposé des motifs ne contenait pas encore la règle prévue par l'article 89, alinéa 3, L.P.C.C (172), laquelle organise une forme de renonciation implicite du consommateur à son délai de réflexion. Comment concilier cette règle avec la rigidité d'un ordre public qui ne souffrirait pas la moindre renonciation ?

Il est vrai, d'autre part, que les infractions aux dispositions de cette section sont passibles de sanctions pénales même en l'absence de toute mauvaise foi dans le chef de leur auteur (173). C'est à la suite d'un amendement du gouvernement que ce régime pénal, propre aux ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, fut adopté par le législateur de 1991. Cet amendement est laconiquement justifié de la manière suivante : « les articles (88 à 91 actuels) contiennent des dispositions importantes pour la protection des consommateurs, et suffisamment précises pour que leur non-respect puisse faire l'objet d'une répression pénale » (174). Semblable considération nous paraît abonder dans le sens développé plus haut (175) : il arrive au législateur de sanctionner pénalement des dispositions protectrices d'une catégorie de personnes pour en assurer la pleine efficacité. Encore faut-il, comme il le précise ici, que son texte soit suffisamment clair et précis ...

A notre sens, ces dispositions ne rencontrent aucunement les conditions posées par la Cour de cassation pour être qualifiées d'ordre public. Elles sont protectrices de la volonté du consommateur et ne tendent pas, en tant que telles, à lutter contre des pratiques qui perturberaient le bon fonctionnement du marché. Elles prévoient, pour l'essentiel, l'obligation de respecter des formalités de protection de la volonté du consommateur : à peine de nullité (176) de la vente, celle-ci

(172) « Le consommateur perd le droit de renoncer à l'achat d'un service lorsque ce dernier a été presté avant que le consommateur n'ait manifesté son intention de renoncer à l'achat ».

(173) L.P.C.C., art. 102, 7.

(174) *Doc. parl.*, Ch., 1240/4 — 89/90, amendement n° 131 du gouvernement.

(175) V. *supra*, § 11.

(176) Relative donc, selon nous.

doit, au plus tard lors de la livraison du produit ou de la prestation de service, faire l'objet d'un contrat écrit, rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties contractantes ayant un intérêt distinct, et reproduisant la clause légale de renonciation formulée par l'article 88 L.P.C.C. Les autres mentions énumérées par l'article 88 (177) sont manifestement obligatoires (« Ce contrat *doit* mentionner »). Leur omission pourrait donc être sanctionnée par un ordre de cessation ou faire l'objet d'une condamnation pénale. On ne peut ici parler de dispositions simplement supplétives de la volonté des parties. Pourtant, l'opinion de J.-L. Fagnart nous paraît devoir être suivie, qui soutient qu'une telle omission ne pourrait entraîner à elle seule la nullité du contrat (178). En effet, le dernier alinéa de l'article 88 limite clairement cette sanction à l'omission de la clause de renonciation (179). Nous voici donc en présence d'une règle impérative dont la nullité n'est pas la sanction mais qui voit son efficacité assurée par d'autres moyens.

d) Les ventes à distance (art. 77 à 83)

46. — Les travaux parlementaires font état de la volonté du législateur de « sauvegarder les intérêts des parties concernées (...) et en particulier ceux du consommateur, (...), sans pour autant ébranler la compétitivité des entreprises concernées » (180). En clair, il s'agit de protéger le consommateur sans mettre à mal l'intérêt général. Personne ne conteste sérieusement le caractère impératif de ces dispositions (181) qui se donnent pour objectif d'assurer un certain équilibre contractuel.

(177) A savoir : le nom et l'adresse du vendeur ; la date et le lieu de conclusion du contrat ; la désignation précise du produit ou du service, ainsi que ses caractéristiques principales ; le délai de livraison du produit ou de la prestation de service ; le prix à payer et les modalités de paiement.

(178) « Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », *R.D.C.*, 1991. p. 289.

(179) A notre sens, il en va de même de l'interdiction d'exiger ou même d'accepter du consommateur quelque acompte que ce soit avant l'écoulement du délai de réflexion (article 89, alinéa 4). Cette interdiction n'est pas prévue à peine de nullité. Or, elle ne concerne qu'une modalité de paiement du prix et non pas l'objet même du contrat.

(180) Exposé des Motifs, *Doc. Parl.*, Sén., 947 (1984-1985), n° 1, p. 37.

(181) V. l'exposé des motifs qui n'use pas ici de l'expression « ordre public » mais précise tout au plus le caractère « obligatoire » des dispositions légales : *ibidem*, p. 41.

Malgré une trompeuse apparence de parallélisme, la réglementation des ventes à distance diffère profondément du régime des ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur. Ainsi les formalités imposées en matière de vente à distance ne sont-elles pas des formes solennelles, prescrites à peine de nullité. La validité de la vente à distance s'apprécie en fonction du droit commun des obligations (182). La loi apporte tout au plus certaines indications à prendre en compte pour juger du caractère déterminable ou non de l'objet du contrat et cite quelques éléments sur lesquels il est permis d'affirmer que l'échange des consentements doit porter (183).

Il n'en reste pas moins que les dispositions de cette section sont elles aussi impératives et qu'un ordre de cessation pourrait en sanctionner le non respect (184). En outre, la sanction originale applicable aux achats forcés trouve ici un prolongement remarquable puisque l'omission de la clause de renonciation dans le document qui doit être remis au consommateur au moment de la livraison a pour conséquence que le produit est réputé avoir été livré sans demande préalable de la part du consommateur, lequel n'est pas tenu de payer le produit ni de le restituer (185). Le législateur semble avoir été plus inspiré par la réglementation des ventes à distance que par bien d'autres sections de la loi puisqu'une autre sanction originale vient frapper le vendeur défaillant : en cas de méconnaissance de certaines de ses obligations, le vendeur à distance ne pourra mettre à la charge du consommateur les frais éventuels de reprise ou de renvoi (186). Ce qui nous confirme dans l'idée que la sanction de l'annulation n'est pas indispensable pour conférer à une règle son caractère impératif .

(182) Sous réserve de l'interdiction générale de toute offre en vente ou vente par correspondance à des personnes hospitalisées dans des établissements psychiatriques ou médico-pédagogiques (L.P.C.C., article 77, 2e alinéa) : pareille vente est nulle, de nullité relative, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si l'acheteur (qu'il soit ou non un consommateur au sens de la loi) a donné un consentement valable ou non.

(183) L.P.C.C., article 79, § 1er.

(184) Leur méconnaissance est également passible de sanction pénale mais uniquement en cas de mauvaise foi du vendeur.

(185) Cette sanction est *a fortiori* applicable dans le cas où aucun document ne serait remis au consommateur, au plus tard au moment de la livraison.

(186) Alors qu'ils peuvent l'être dans les autres hypothèses où le consommateur renoncerait à la vente : article 81, § 3, 2e alinéa.

e) L'obligation d'information contractuelle à l'égard du consommateur (articles 30 et 37 à 39)

47. — Selon le Conseil d'Etat (187), la règle de l'article 30 L.P.C.C. (188) « n'a pas plus de portée qu'une recommandation ». Et de fait, du propre aveu de ses auteurs, ce texte a pour seul objet de consacrer la jurisprudence en la matière et se justifie « en raison du caractère fondamentalement inégalitaire de l'accès à l'information relative aux éléments du contrat, entre le consommateur et le professionnel » (189). « La règle de bonne foi dans la formation et l'exécution des contrats implique, dès le stade des pourparlers, une obligation d'information de la part du vendeur professionnel à l'égard du consommateur » (190).

La méconnaissance de cette norme ne semble pas pouvoir constituer une cause de nullité nouvelle. On peut lire, dans la justification de l'amendement du gouvernement qui est à l'origine de l'insertion de cet article dans la loi que : « Cette règle ne se limite pas à une simple recommandation comme le suggère le Conseil d'Etat. Elle a bien une portée juridique. Le non-respect de cette règle entraîne la responsabilité du vendeur » (191). Et le ministre, appelé à s'expliquer devant la Commission du Sénat, après avoir rappelé que cette obligation est de nature essentiellement civile, ajouta que « le consommateur lésé demandera au juge civil de lui accorder soit l'exécution forcée des obligations du vendeur, soit la résolution totale ou partielle du contrat, soit des dommages-intérêts » (192). De

(187) *Doc. parl.*, Ch., 1989-1990, n° 1240/2-89/90, p. 36. Cette remarque se justifiait cependant, au moins pour partie, par un problème de mauvaise concordance entre les textes français et néerlandais, qui fut rectifié par la suite : v. Rapport Dielens, *Doc. parl.*, Ch.. n° 1240/20-89-90, p. 75.

(188) « Au plus tard au moment de la conclusion de la vente, le vendeur doit apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible ».

(189) *Doc. Parl.*, Sén., 1200 (1990-1991), n° 2, p. 31.

(190) Rapport De Cooman, *Doc. parl.*, Sén., 1200 (1990-1991), n° 2, p. 29.

(191) *Doc. parl.*, Ch., 1240/4 — 89/90, amendement n° 112 du gouvernement.

(192) *Ibidem*, p. 34 ; v. cependant F. DOMONT-NAERT, « L'information du consommateur dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Editions du Jeune Barreau, 1991, p. 122.

manière constante, il fut renvoyé aux articles 1382 et 1641 du Code civil pour justifier cette règle, qui est donc manifestement étrangère à l'ordre public (193).

Pour A. De Caluwé, A.C. Delcorde, X. Leurquin, e.a., il s'agit d'une disposition qui aurait mieux trouvé sa place dans le Code civil mais « qui a le mérite d'exister » (194). Ces auteurs n'envisagent la possibilité d'une annulation du contrat conclu alors que cette règle n'aurait pas été respectée que sur la base d'un dol, d'une erreur ou d'une culpa in contrahendo (195). Mais non simplement pour violation de cette règle ... Qui plus est, l'intervention en la matière du juge de l'action en cessation, leur paraît « peu praticable et très théorique, sauf le cas du concurrent lésé par la diffusion de notices trop sommaires et donc trompeuses » (196). On relèvera cependant que le recours à cette disposition ne serait même pas indispensable pour obtenir la cessation dans un tel cas.

L'obligation de délivrer un bon de commande lorsque la livraison du produit ou la fourniture du service est différée et qu'un acompte a été versé (197) existait déjà sous l'empire de la loi de 1971. On considérait généralement que l'absence de délivrance du bon, ou la délivrance d'un bon de commande incomplet n'entachait pas, en soi, la vente de nullité (198). Si J.-L. Fagnart envisage la possibilité d'une annulation du contrat dans pareil cas, c'est simplement par application du droit commun des obligations : « l'acheteur dont le consentement a été vicié par erreur ou par dol, pourrait demander la nullité du contrat » (199). Quant à la nouvelle obligation faite au « vendeur de service » de délivrer au consommateur qui en

(193) V. aussi la réflexion pertinente de J. Ghestin, pour qui toute obligation d'information imposée à l'une des parties au contrat doit être sanctionnée d'une nullité relative et non absolue car « il serait absurde d'autoriser l'une des parties à se prévaloir, pour exiger l'annulation d'un contrat, de ce qu'elle a manqué à l'obligation, qui pesait sur elle, d'informer son cocontractant », *op. cit.*, Le contrat — formation, p. 930, n° 779.

(194) *Op. cit.*, 2e éd., 1992, n° 12.3(1).

(195) *Ibidem*, n° 12.6(1).

(196) *Ibidem.*

(197) L.P.C.C., article 39.

(198) J. Van Ryn et J. Heenen, *op. cit.*, t. Ier, 1976, p. 136 ; A. De Caluwé, A.C. Delcorde et X. Leurquin, *op. cit.*, 2e éd.. Larcier, 1991, n° 7.60(2) ; v. aussi Civ. Liège, 16 janv. 1974, *J.L.*, 1973-1974, p. 291.

(199) « La formation et l'exécution des contrats », in *Pratiques du commerce et information du consommateur*, Story-Scientia, 1988. p. 124.

fait la demande un document justificatif (200), l'article 38 L.P.C.C. en prévoit la sanction : *le consommateur n'est tenu de payer les services prestés qu'à la remise du document justificatif demandé, lorsque cette remise est imposée par l'article 37.*

Conclusion

48. — Si l'on ne peut que regretter tout à la fois la confusion qui a régné lors des travaux préparatoires de la loi, dans les termes utilisés et dans la définition des buts poursuivis et le manque de réflexion d'ensemble quant aux sanctions les plus efficaces tant au regard de l'intérêt général — trop souvent compris comme la somme d'intérêts particuliers et corporatistes — qu'en vue d'une meilleure protection du consommateur, on ne peut nier pourtant que le législateur de 1991 ait été pétri de bonnes intentions puisque, selon la jolie formule de B. Francq, il a voulu protéger, tout à la fois, les opérateurs économiques et les consommateurs « *et même bien plus* », cette dernière expression visant l'intérêt général (201).

Au terme de nos investigations, nous croyons pouvoir conclure que l'intérêt général est rarement prédominant dans les fondements des dispositions de la loi, qui vise avant tout à protéger certaines catégories de personnes, au besoin contre elles-mêmes ou contre leurs semblables. C'est ainsi que seules certaines dispositions relatives à l'indication des prix et quantités ainsi que la prohibition des ventes en chaîne ou à but faussement humanitaire nous semblent relever de cette notion exceptionnelle qu'est l'ordre public.

Et pourtant, l'intérêt général est omniprésent dans la loi, dont il forme un arrière-fond indispensable. L'image est fausse, donc, de la simple cerise qui aurait été placée tout en haut du gâteau pour le seul agrément des yeux et pour la plus grande frustration du palais. On nous pardonnera d'abuser du double sens des mots : cette frustration du palais, ce sont précisément les juges qui ont le pouvoir de l'écarter, par une saine

(200) L.P.C.C., article 37.

(201) B. Francq, « La nouvelle loi belge sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. : quelques traits saillants », *Rev. Int. Conc.*, n° 167, 2., 192, p. 17.

application de la loi, qui donne à celle-ci tout son sens et toutes ses saveurs. La grande majorité des dispositions de la loi sont impératives. Leur violation n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat qui en est l'occasion ou la conséquence. Parfois, trop rarement, le législateur a fait preuve d'imagination afin que soit « réparée » sur le plan contractuel l'atteinte à l'une des dispositions de la loi sans que l'existence même du contrat soit mise en danger inconsidérément. C'est qu'en aucun cas la sanction légale ne peut se retourner contre ceux qu'elle vise à protéger. Quant aux tiers intéressés, ils détiennent avec l'action en cessation un instrument affûté pour faire interdire tout acte posé en méconnaissance de la loi, sans pour autant s'immiscer dans la vie des contrats déjà conclus.

Reste au législateur à parfaire son travail, par l'instauration de sanctions plus souples et mieux adaptées à la protection des consommateurs que la nullité systématique (202).

Quant à l'intérêt même de la notion d'ordre public en matière de pratiques du commerce et d'information et de protection du consommateur, nous avons vu qu'il est relatif, notamment en raison de l'existence d'une autre forme de droit de critique que l'action en nullité : l'action en cessation. Ceci n'implique pas à nos yeux qu'il faille jeter aux orties la distinction aujourd'hui bien établie entre l'ordre public et les lois impératives. De manière générale, le législateur serait bien inspiré toutefois de veiller à clarifier ses intentions, à ne pas invoquer à tort et à travers les notions d'ordre public et de nullité absolue sans trop savoir de quoi il retourne et à préciser les

(202) Sur ce thème, v. aussi l'avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., 1240/2, 89/90, p. 39, à propos de la possibilité d'annulation des clauses qui créent un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties : « Du point de vue de la technique juridique, se pose ... la question de savoir si la nullité est la sanction la plus appropriée ... Il peut se produire des situations dans lesquelles le consommateur est mieux protégé par la sanction des dommages-intérêts que par celle de la nullité, par exemple lorsque le produit concerné est, depuis l'achat, devenu beaucoup plus onéreux sur le marché » ; v. aussi P. De Vroede, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1988, p. 921, n° 13, qui envisage en particulier la conversion des contrats nuls en contrats conformes au prescrit légal.

modalités de l'application dans le temps des lois nouvelles, en particulier au regard des contrats en cours.

Andrée Puttemans,
Assistante à la Faculté de droit
de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocate

LES LIMITES DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN DROIT DES PERSONNES

PAR

Alain-Charles VAN GYSEL

Chargé de cours
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Premier assistant
Chargé de recherches
au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocat

ET

Nathalie MASSAGER

Suppléante
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocate

Introduction

La présente contribution a pour objet l'étude, en droit des personnes, du principe de l'autonomie de la volonté par référence à la notion d'ordre public qui cerne les limites de ce principe.

Nous nous proposons, plus précisément, de déterminer la place exacte de ce principe dans le domaine touchant à l'état des personnes : la matière est-elle régie par la règle de l'indisponibilité, corollaire du caractère d'ordre public, qui implique une prohibition générale de tout acte juridique qui dispose de l'état dès lors que la loi n'en a pas expressément autorisé l'existence, ou, au contraire, est-elle dominée par la liberté d'agir en dehors, précisément, des interdictions posées tant par la loi que par les principes généraux de droit ?

Ce travail d'analyse présente un réel intérêt pratique dans la mesure où il sera permis d'inférer de la solution dégagée la licéité — ou l'illicéité — des conventions et actes juridiques unilatéraux qui agissent sur l'état des personnes et qui occupent une place parfois déterminante dans les litiges en matière de droit familial.

Eu égard au temps qui nous est imparti, nous exclurons de notre champ d'investigation la problématique des faits volontaires modificatifs de l'état, tel le phénomène du transsexualisme, pour nous en tenir aux seuls actes juridiques.

I. — La règle de l'indisponibilité de l'état

L'état des personnes est d'ordre public : la situation juridique d'un individu par rapport à l'Etat, à la famille et à l'investiture d'une personnalité et capacité juridiques intéresse

directement la collectivité de sorte qu'en cette matière, l'intérêt particulier cède devant l'intérêt général (1).

Il résulte de ce caractère d'ordre public que l'état est indisponible, imprescriptible et indivisible.

L'indisponibilité de l'état a pour conséquence que l'état est hors commerce. L'état des personnes, tel qu'imposé par la loi, commande donc la prohibition, de plein droit, de toutes conventions entre particuliers, actes juridiques unilatéraux ou faits juridiques qui auraient pour effet de disposer de l'état, hors l'autorisation expresse du législateur : « L'état des personnes est légalement imposé. Les conditions auxquelles il doit répondre sont de la compétence exclusive du législateur. L'état est indisponible. Les particuliers ne peuvent y déroger. Non seulement toute *convention*, *transaction* ou *renonciation* qui aurait pour but de modifier l'état légal est radicalement nulle, mais encore les particuliers ne peuvent méconnaître l'état que la loi leur assigne, même si, en fait, il ne concorde pas avec la *réalité* des choses » (2).

L'indisponibilité n'implique pas que l'état est immuable : il est possible de modifier son état à condition que cet acte modificatif réponde aux règles de forme et aux conditions de fond posées par la loi.

Les auteurs classiques décrivent l'autonomie de la volonté, en cette matière, comme soumise au prescrit légal et nécessairement contenue par référence à ce prescrit . Ainsi, De Page pose-t-il le principe qu'en matière d'état, la liberté de disposer est subordonnée à une autorisation légale : « la modification (de l'état) n'est possible que dans les formes et conditions prévues par la loi. La volonté des particuliers n'est pas autonome. Elle reste en tutelle » (3). Planiol et Ripert excluent catégoriquement, en matière d'état des personnes, la règle de l'autonomie de la volonté hors habilitation expresse du législateur : « la loi permet aux parties de modifier l'état par leur volonté, mais non pas à leur fantaisie » (4).

(1) De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4e éd. par J.P. Masson, 1990, t. II, vol. I, n° 75, p. 85.
(2) De Page, n° 75, p. 85.
(3) De Page, n° 75, p. 86.
(4) Planiol et Ripert, t. Ier, n° 19.

II. — Les limites du champ d'application de l'autonomie de la volonté en matière d'état

Les conventions ou actes unilatéraux portant modification de l'état des personnes dérogent donc à la règle de l'indisponibilité de l'état.

La doctrine classique présente ces actes juridiques bilatéraux ou unilatéraux modificatifs de l'état comme autant d'exceptions légales, d'interprétation restrictive, à la règle de l'indisponibilité. Ces actes, par essence dérogatoires, sont donc soumis au régime juridique de l'exception.

Autrement dit, les individus ne peuvent disposer de leur état que dans les cas que la loi détermine et de la façon que la loi détermine.

Cette restriction sévère qui affecte l'autonomie de la volonté en matière d'état des personnes se trouve accentuée par deux phénomènes :

— le premier consiste à limiter au maximum la portée réelle de l'autonomie de la volonté des individus en la réduisant à la simple possibilité de contracter ou non une obligation dont le contenu est fixé par la loi et auquel les parties ne peuvent déroger en aucune façon : ainsi en est-il du mariage dont la nature s'apparente en réalité à un véritable contrat d'adhésion.

La volonté des parties peut aussi se trouver cantonnée dans le choix entre un nombre limité de branches d'une option, comme c'est le cas pour les effets d'une adoption simple quant au nom de l'adopté (article 358 du Code civil).

— le second phénomène consiste à soumettre l'autonomie de la volonté à un contrôle de conformité de l'acte unilatéral ou du contrat portant modification de l'état, au prescrit légal.

Ce contrôle peut intervenir de façon préventive : ainsi, le mécanisme des oppositions à mariage a-t-il pour but de révéler un empêchement légal qui fait défense à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage (5). On peut également citer l'acte de

(5) De Page, n° 547, p. 567.

reconnaissance d'un enfant né hors mariage, dans les cas prévus par l'article 320 du Code civil, qui requiert l'autorisation préalable du tribunal de première instance du domicile de l'enfant.

Mais le contrôle de la conformité des actes unilatéraux ou pactes relatifs à l'état des personnes s'effectue le plus souvent *a posteriori*, par le biais d'une homologation judiciaire de l'acte accompli.

La loi a ainsi prévu la nécessité d'une homologation judiciaire concernant les actes suivants :

— l'acte d'adoption simple ou plénière (art. 350 et 369, § 1er C. civ.) ;
— les conventions préalables à un divorce par consentement mutuel (bien que, dans ce cas, le législateur n'emploie pas le terme d'homologation) ;
— la convention par laquelle les parties décident de procéder à la capitalisation de la pension alimentaire attribuée en vertu de l'article 301 du Code civil (art. 301, § 5 C. civ.) ;
— l'acte d'option de nationalité ;
— l'acte de reconnaissance par un homme d'un enfant conçu par une femme autre que son épouse, anciennement appelé enfant adultérin *a patre* (art. 319*bis* C. civ.) (6).

III. — Distinction des attributs de l'état et de ses conséquences patrimoniales

A. — *La doctrine classique*

La doctrine classique invite à distinguer les attributs de l'état de ses conséquences d'ordre patrimonial.

Selon cette doctrine, les attributs de l'état, telles l'autorité parentale ou les règles de la tutelle, participent de la nature de l'état et sont donc frappés d'indisponibilité comme l'état lui-même (7).

(6) Notons qu'en l'espèce, le législateur a été animé moins d'un souci de vérifier la conformité de l'acte de reconnaissance aux normes légales que de la préoccupation d'appeler l'épouse du reconnaissant à la cause aux fins de l'avertir de la réalité de la situation.

(7) De Page, n° 76, p. 87.

Il n'en serait pas de même des effets patrimoniaux de l'état qui échappent à la règle de l'indisponibilité : ces droits pécuniaires pourraient faire l'objet de conventions ou d'actes unilatéraux modificatifs.

On peut illustrer ces principes à travers des exemples classiques : ainsi, est-il permis de donner ou de léguer des biens à un enfant en stipulant expressément que les père et mère n'auront aucun droit de jouissance sur les biens donnés ou légués (art. 387 C. civ.). S'agissant d'une conséquence pécuniaire découlant de l'état, une telle condition est parfaitement valable. Par contre, il ne serait pas permis d'assortir la donation ou le legs d'une condition prévoyant d'écarter le droit d'administration légale des parents de l'enfant mineur donataire ou légataire (8). En effet, le texte de l'article 376 du Code civil limite expressément les dérogations apportées à la règle de l'attribution de l'administration de la personne et des biens des enfants mineurs, par leurs père et mère, aux exceptions prévues par la loi. Il n'y a donc aucune place, en cette matière qui participe directement de l'état des personnes, pour l'autonomie de la volonté.

La part plus ou moins grande réservée à la liberté des parties de disposer de leur état serait donc intimement liée au caractère patrimonial plus ou moins accusé des effets juridiques considérés. La doctrine classique fait observer notamment, en ce qui concerne le mariage, que les effets personnels du mariage désignant les devoirs respectifs des époux (cohabitation, fidélité, secours, assistance) ne peuvent en aucun cas faire l'objet, en eux-mêmes, de conventions contraires qui seraient frappées de nullité absolue et ne pourraient recevoir aucune exécution (9). Par contre, les époux pourraient convenir valablement des modalités pratiques d'exécution d'un de ces effets personnels, tel le devoir de secours, par exemple (10). Il en est de même des obligations imposées par le régime primaire, dans certains cas (choix de la résidence conjugale, port du nom du conjoint dans la profession), à propos desquels les

(8) DE PAGE, n° 76, p. 88. Dans ce sens : Cass., 6 novembre 1879, *Pas.*, 1879, I, p. 400.

(9) DE PAGE, n° 621, p. 628.

(10) J.P. Etterbeek, 23 octobre 1978, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 181 ; Civ. Bruxelles, 8 mars 1977, *Pas.*, 1977, III, p. 58.

époux peuvent transiger. Le régime secondaire est, quant à lui, supplétif de la volonté des parties, sauf en ce qui concerne les règles de gestion et les dispositions protégeant les droits des créanciers des époux. La place réservée au principe de l'autonomie de la volonté est donc en relation directe avec le caractère plus ou moins pécuniaire du corps de règles en cause.

B. — *Une distinction inutile*

Mais est-ce vrai : la distinction entre l'état — et ses attributs —, d'une part, et ses conséquences patrimoniales, d'autre part, est-elle réellement indicative de l'indisponibilité ou non de l'état et de la faculté qui en résulte, pour les parties, d'en disposer par voie de conventions ou d'actes juridiques unilatéraux ?

Nous ne le pensons pas. En effet, il paraît contestable d'ériger le caractère pécuniaire d'une obligation en un critère permettant de décider que l'on rencontre non pas l'état lui-même, ou l'un de ses attributs, mais bien un de ses effets patrimoniaux, tant la distinction entre ces deux notions se révèle, à l'analyse, confuse, pour ne pas dire artificielle.

L'état renferme en effet, dans ses principes premiers, des aspects patrimoniaux évidents : ainsi en est-il du devoir de secours entre époux, qui appartient au corps même du statut matrimonial, au même titre que les devoirs de cohabitation, de fidélité et d'assistance. Or, cet effet personnel du mariage présente un aspect patrimonial marqué, indépendamment de la considération de savoir si cette obligation de secours entre époux est prestée en nature ou sous la forme d'une pension alimentaire.

Le caractère plus ou moins patrimonial ne peut donc être regardé comme le critère fiable de l'identification d'un droit ou d'une obligation comme faisant partie de l'état lui-même ou participant, au contraire, de ses effets pécuniaires et, partant, comme un élément en relation directe avec la place réservée à l'autonomie de la volonté en matière d'état des personnes, et cela même dans le système retenu par la doctrine classique.

Ensuite, il existe de nombreuses conventions qui, quoique portant sur des règles essentiellement non patrimoniales atta-

chées à l'état des personnes, n'en sont pas moins reconnues comme parfaitement licites. Citons, à titre exemplaire, la convention que peuvent conclure les époux quant à l'utilisation du nom d'un des conjoints, par l'autre, dans l'exercice de sa profession (art. 216, § 2 C. civ.). Nous avons vu que les parties à une adoption peuvent également convenir du nom de l'adopté (art. 358, § 2 C. civ.). De même, lorsqu'un enfant né hors mariage est reconnu par son père, postérieurement à l'établissement de la filiation maternelle, les parents peuvent convenir que l'enfant portera le nom du père (art. 335, § 3 C. civ.) (11).

Le mariage, de même que sa dissolution par voie de divorce par consentement mutuel, font évidemment l'objet d'un accord de volonté des intéressés. Enfin, les époux peuvent encore transiger quant au choix du lieu de la résidence conjugale (art. 214 C. civ.) sans qu'une telle convention soit frappée de nullité, car concernant une obligation personnelle du mariage.

La distinction, proposée par la doctrine classique, entre l'état — et ses attributs —, d'une part, et ses conséquences pécuniaires, d'autre part, ne nous semble, à la lumière des exemples cités ci-dessus, guère pertinente pour décider si tel droit ou telle obligation est ou non couverte par le principe de l'indisponibilité de l'état, de sorte que toute convention dérogatoire est contraire à l'ordre public et donc, nulle.

IV. — Le principe de la liberté de conventions

Au terme de notre analyse, l'existence de la règle de l'indisponibilité de l'état apparaît comme douteuse.

Doute qui porte, en premier ordre, sur sa vocation à la généralité : force est de constater que le nombre d'exceptions prévues par la loi elle-même est considérable.

Par analogie avec le raisonnement défendu par une partie de la doctrine française consistant à déduire de la prescriptibilité

(11) Notons que si le père, auteur de la reconnaissance, est marié au moment de ladite reconnaissance, l'accord de son épouse est en outre requis (art. 335, § 3, al. 2 C. civ.).

des actions d'état au sens strict — introduite par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 — la prescriptibilité de l'état lui-même (12), l'on est en droit de se demander si la multitude d'exceptions, prévues par le législateur lui-même, à la règle de l'indisponibilité de l'état ne permettrait pas de considérer celui-ci comme, en règle, fondamentalement disponible, c'est-à-dire pouvant faire l'objet de conventions ou d'actes unilatéraux modificatifs.

Doute qui affecte, en second ordre, l'utilité de la règle de l'indisponibilité de l'état.

Nous n'avons en effet relevé aucune hypothèse dans laquelle la règle de l'indisponibilité joue réellement un rôle en réputant illicite telle convention ou tel acte unilatéral disposant de l'état, alors qu'aucune autre règle n'aurait pu permettre d'attaquer l'acte considéré. En réalité, dans tous les cas que nous avons envisagés, le pacte ou l'acte unilatéral frappé d'illicéité, par application de la règle de l'indisponibilité de l'état, tombait, en tout état de cause, sous le coup d'une nullité pour contrariété à une norme légale expresse d'ordre public ou à un principe général de droit reconnu de même nature (tel l'intérêt supérieur de l'enfant, la faveur faite au mariage ...).

Or, il n'est guère utile de multiplier les règles susceptibles de fonder le même résultat, en l'espèce, de proclamer l'illicéité de la convention ou de l'acte unilatéral considéré. Bien au contraire, une démarche scientifique commande d'identifier le moins de règles génériques possible : ainsi le deuxième principe de la méthode euristique de Newton enseigne-t-il « que 'les effets du même genre doivent toujours être attribués, autant qu'il est possible, à la même cause'. Cela veut dire (...) (qu') il faut veiller à mettre, dans la science, le plus d'ordre et de clarté possibles, en s'efforçant d'expliquer le plus grand nombre de phénomènes par le plus petit nombre de lois. L'avancement de la science exige — Leibnitz l'a également enseigné — que l'on s'attache à expliquer un nombre de faits sans cesse plus variés, au moyen d'un nombre d'hypothèses toujours plus réduit. Il importe de chercher, dans les faits, en

(12) Voy. *Encycl. Dalloz*, v° Etat et capacité des personnes, par L. Topor, n° 72, p. 11.

quoi ils sont analogues et en quoi ils peuvent être rangés dans un système de lois déjà connu et commun à tous » (13).

Doute qui affecte enfin la légitimité même de la règle de l'indisponibilité de l'état face à l'existence indéniable d'un autre principe, celui de l'autonomie de la volonté.

En effet, il n'est pas permis d'inférer des articles 6 et 1128 du Code civil, rédigés de manière restrictive, une restriction générale à la liberté de contracter.

Cette liberté de contracter — dont la liberté du commerce au sens strict proclamée par le Décret d'Allarde n'est qu'une application — implique qu'à défaut de prohibitions particulières (tirant leur source dans une norme légale d'ordre public ou dans un principe général de droit) ou générale (ce qui supposerait acquise la légitimité de la règle de l'indisponibilité de l'état dont question, que l'on ne peut postuler acquise sous peine de verser dans la pétition de principe), les conventions légalement formées lient le juge au même titre que les parties contractantes, en vertu du principe de la convention-loi (art. 1134 C. civ.).

La liberté de contracter, encore appelée autonomie de la volonté, peut se prévaloir, quant à elle, d'une existence et d'un contenu incontestables, alors que l'indisponibilité de l'état est douteuse pour les trois raisons exposées ci-dessus.

Le principe est donc, à notre sens, dans l'état des personnes comme en toute autre matière, celui de la licéité des conventions ou actes unilatéraux modificatifs en matière d'état des personnes, à la double condition :

1° de ne pas contrevenir à une disposition légale ou à un principe général de droit : sont donc licites tous pactes ou actes unilatéraux qui déterminent le contenu concret ou les modalités d'exécution des droits et obligations prévus par la loi, ainsi que tous pactes ou actes unilatéraux intervenant dans des matières d'état où il n'existe pas de norme légale ;

(13) M. GLANSDORFF, « Essai sur l'avènement de la raison expérimentale, suivi de Réflexions sur la philosophie naturelle de la liberté », in *Grande collection de la société humaine*, Bruxelles, éditions du Temple, pp. 60-61.

2° de soumettre les conventions ou actes unilatéraux aux procédures d'homologation prévues par le législateur.

La réalité de la liberté de contracter et partant, du principe de l'autonomie de la volonté, est encore renforcée par la constatation qu'en de nombreuses matières, il n'existe tout simplement pas de procédure d'homologation, et qu'en d'autres matières, cette procédure se limite à un contrôle formel de pure légalité.

Ainsi, le législateur n'a-t-il soumis à aucune procédure d'homologation les conventions conclues par les époux sur le choix du lieu de résidence conjugale (art. 214 C. civ.) ou sur la disposition des droits sur l'immeuble qui sert au logement principal de la famille (art. 215 C. civ.), le recours à une procédure judiciaire étant conçu comme une exception.

Il en est de même de la tutelle testamentaire qui — contrairement à la tutelle dative qui fait l'objet d'un contrôle judiciaire selon des règles très strictes —, s'impose sans qu'il y ait besoin d'obtenir l'investiture du conseil de famille ou qu'il faille soumettre la désignation du tuteur à toute autre procédure judiciaire d'homologation, lorsque le tuteur a été désigné par le dernier survivant des père et mère de l'enfant mineur (art. 397 C. civ.) (14).

L'on peut encore citer l'accord par lequel les parents d'un enfant né hors mariage décident de conférer à l'enfant le nom du père, alors que l'établissement de la paternité est postérieur à l'établissement de la maternité. Certes, l'officier de l'état civil devra vérifier le respect du délai légal d'un an à compter du jour où les déclarants ont eu connaissance de l'établissement de la filiation (art. 335, § 3, al. 3 C. civ.). Toutefois, l'accord des parents, ainsi que de l'épouse du père si la paternité de ce dernier a été établie pendant son mariage, sont simplement recueillis par l'officier de l'état civil compétent, sans que cet accord ne doive faire l'objet d'une procédure judiciaire d'homologation.

Dans la perspective du travail de recherche collective dans laquelle la présente étude s'insère et qui a pour thème générique la détermination de la place réservée à l'ordre public dans

(14) DE PAGE, n° 1265, p. 1182-1183.

les différentes branches du droit, l'on observe que la loi a instauré, en droit des personnes, un ordre véritable qui repose sur un agencement de règles qui ressortissent à l'ordre public et participent d'une série de concepts-phares, tels l'égalité des époux, la faveur faite au mariage, l'intérêt supérieur de l'enfant, l'égalité entre les enfants nés dans et hors mariage (15)...

Toutefois, l'existence même de cette structure, sur laquelle se fonde toute la matière de l'état des personnes, n'est pas incompatible, pensons-nous, avec la reconnaissance d'une liberté de contracter ou de disposer par voie d'actes unilatéraux, soit hors de cette structure, soit même en son sein, pourvu que cette liberté rencontre ses exigences, et se soumette, lorsque la loi le commande, au contrôle de ses gardiens. La règle est donc celle de l'autonomie de la volonté, sous réserve du respect des prescriptions légales et des principes généraux de droit, et sans préjudice de l'observation des procédures de contrôle judiciaire, s'il échet.

Cette thèse se trouve confortée par la réalité de la vie familiale qui entraîne les individus à disposer de leur état, même en dehors des hypothèses prévues par la loi.

V. — Application des principes dégagés

Les domaines du droit des personnes dans lesquels se manifeste l'autonomie de la volonté, hors de toute prescription légale, sont très variés.

Nous avons choisi les exemples suivants, qui témoignent du fait que la liberté de contracter existe réellement en droit familial, nonobstant l'absence d'habilitation légale expresse, et au mépris donc de la règle communément admise de l'indisponibilité de l'état :

A. — *Les conventions en matière alimentaire*

1. L'obligation alimentaire revêt un caractère d'ordre public : elle procède en effet de l'institution de la famille, que la loi considère comme essentielle dans la société (16). Toute-

(15) Notons que le législateur a lui-même dérogé à ce principe, mais que la Cour d'arbitrage y ramène par le biais des arrêts sur question préjudicielle.

(16) De Page, n° 478, p. 500.

fois, une convention sur les aliments n'est pas nécessairement nulle : il est admis qu'une convention entre particuliers qui a pour effet de modaliser l'exécution d'une obligation alimentaire est licite, dans la mesure où elle ne contrevient pas aux principes consacrés par la loi, tels la variabilité de la pension en fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur (17).

Sont nulles, car contraires à l'ordre public : la convention par laquelle les parties stipulent que, moyennant telle prestation, l'obligation alimentaire sera éteinte pour l'avenir (18), ainsi que toute renonciation ou transaction portant sur une créance alimentaire créée par la loi, même si la renonciation aux arrérages échus est licite (19). L'on peut citer, à cet effet, un jugement du tribunal civil de Bruxelles, en date du 12 mai 1992, qui déboute une mère de sa demande tendant à solliciter la condamnation du père de ses deux enfants au paiement des arriérés d'indexation des contributions alimentaires au profit des enfants communs depuis les 11 dernières années. Le tribunal estime que, quoique la théorie de la *rechtsverwerking* n'est pas un principe général de droit et que les renonciations ne se présument pas, « l'absence complète d'exigence d'indexation des contributions alimentaires pendant 11 années ne peut s'expliquer que par une renonciation implicite mais certaine de l'appelante à réclamer les indexations pendant toute cette période, quel que soit le motif (humanitaire comme elle le plaide, ou autre ...) de cette attitude » (20).

Par contre, sont parfaitement licites les conventions par lesquelles les parties s'accordent pour assortir l'obligation alimentaire légale de modalités spécifiques : ainsi, la cour d'appel d'Anvers a-t-elle déclaré licite la convention par laquelle un père s'engage à payer à la mère une pension au titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant commun (21). Le tribunal civil de Liège a également admis la vali-

(17) De Page, n° 478, p. 501 ; J.P. Masson, « Examen de jurisprudence (1984 à 1990). Les personnes », *R.C.J.B.*, 1992, n° 61, p. 455.

(18) Cass., 10 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 174 ; Liège, 19 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 251 ; Bruxelles, 6 février 1973, *Pas.*, 1973, II, p. 95.

(19) Gand, 17 juillet 195, *Pas.*, 1915-1916, II, p. 122 ; Liège, 19 janvier 1987.

(20) Civ. Bruxelles, 12 mai 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 114.

(21) Anvers, 28 novembre 1986, *Pas.*, 1987, II, p. 41.

dité d'une convention aux termes de laquelle les parents d'un enfant mineur décident, de commun accord, de réduire le montant dû, par le père, à la mère, pour l'entretien de l'enfant commun, aux fins d'accorder ainsi le montant de la pension alimentaire avec le montant fixé par des juridictions saisies antérieurement du litige (22).

Dans un jugement du 12 janvier 1990, le tribunal civil de Liège a de même décidé que ne contrevient pas à l'ordre public la convention par laquelle la mère d'un enfant a convenu avec l'homme contre lequel elle a introduit une action alimentaire non déclarative de filiation, que ce dernier lui allouerait anticipativement un capital représentant quatre annuités de pension alimentaire, aux fins de lui permettre d'acquérir un immeuble. A cette occasion, le tribunal pose très clairement le principe de la licéité des pactes sur aliments, sous réserve de leur concordance avec les exigences légales, dont celle de la variabilité essentielle de l'obligation alimentaire : « les parties sont libres d'apprécier personnellement dans le présent, la mesure et les modalités selon lesquelles l'obligation alimentaire sera exécutée. Elles peuvent dès lors conclure des conventions qui mettent en œuvre ou aménagent, dans le présent et pour l'avenir, l'exécution de l'obligation. Ces conventions lieront les parties pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à la règle fondamentale selon laquelle les aliments sont dûs dans la mesure des besoins du créancier et des ressources du débiteur et pour autant que les enfants obtiennent tout ce à quoi ils ont droit » (23).

2. La pension alimentaire de l'article 301 du Code civil peut également faire l'objet d'une convention entre parties, à condition que cette convention intervienne postérieurement à la transcription de la décision ayant autorisé le divorce.

La Cour de cassation a posé le principe qu'une convention conclue en vue d'un divorce et portant sur la pension de l'article 301 est dépourvue d'effet obligatoire (24), sauf à être sou-

(22) Civ. Liège, 11 janvier 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1143.

(23) Civ. Liège, 12 janvier 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 274. Voyez encore, à la fois entre époux et à l'égard d'enfants : Civ. Bruxelles, 8 mars 1977, *R.T.D.F.*, 1979, p. 188.

(24) Cass., 22 juin 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1247.

mise au juge saisi de l'action en divorce et à être entérinée par lui (25).

Par contre, la Cour de cassation autorise les parties à conclure, postérieurement à la transcription, toute convention relative à la pension de l'article 301, pour autant que leur accord ne contrevienne pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs : « En revanche, aucun texte de loi ni aucune règle de droit ne s'opposent à ce que, postérieurement à la transcription de leur divorce, les époux divorcés conviennent de la pension susdite sans recourir aux juridictions de l'ordre judiciaire ; une telle convention, conclue entre des personnes que n'unissent plus les liens du mariage, relève de l'article 1134 du Code civil, en sorte que les parties peuvent, tout en déterminant le montant de la pension de nature à la fois alimentaire et indemnitaire que l'un recevra de l'autre, assortir leur accord de toute stipulation non contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (26).

Cette jurisprudence se justifie par la considération que, si les parties qui contractent une convention portant sur la pension de l'article 301 en vue du divorce ignorent en réalité quelle sera leur situation financière lorsque le divorce sera transcrit, les parties qui conviennent après la transcription du divorce connaissent leur situation à la date de la dissolution du lien conjugal et peuvent donc décider du montant de la pension (27).

Notons que la convention conclue relativement à une pension 301 reste soumise au prescrit légal, ce qui implique qu'elle peut, par exemple, être supprimée si elle n'est plus nécessaire (28).

Si les parties sont admises à convenir d'une pension 301, elles peuvent également transiger ou renoncer à une telle pension : ainsi, la Cour de cassation décide-t-elle de rejeter le pourvoi d'une épouse divorcée, qui arguait la nullité de sa renonciation, au motif que le jugement attaqué « justifie légalement sa décision, en constatant que la déclaration de renon-

(25) Cass., 14 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 304 ; Bruxelles, 14 mai 1985, *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 111.
(26) Cass., 14 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 304.
(27) De Page, n° 787, p. 805.
(28) De Page, n° 787, p. 805.

ciation a été signée *après la transcription du divorce* et en décidant que la nullité de cette déclaration ne peut être présumée » (29).

La jurisprudence de la Cour de cassation affirme donc la prééminence des principes de la convention-loi et de l'autonomie de la volonté, sous réserve de la nécessité de préserver le contrôle judiciaire du lien matrimonial en prohibant les conventions conclues en vue du divorce et non approuvées par le juge statuant sur l'action en divorce.

Les auteurs se sont toutefois interrogés sur la compatibilité des principes dégagés *supra* avec l'introduction, par la loi du 9 juillet 1975, de l'article 301, § 5, du Code civil qui prévoit la possibilité, pour les parties, de remplacer, de commun accord, la pension de l'article 301 par un capital, sous réserve de l'homologation du tribunal. En effet, si la substitution amiable d'un capital à la rente alimentaire de l'article 301 est subordonnée à l'homologation du tribunal, il est paradoxal de décider, par ailleurs, que la renonciation pure et simple, par le créancier alimentaire, à la pension de l'article 301 ne requiert aucun contrôle judiciaire : cela aboutirait en réalité à décider que *qui peut le plus ne peut pas le moins*, comme le fait remarquer Edouard Vieujean (30). Cet auteur souligne que « le paradoxe est d'autant plus flagrant que, neuf fois sur dix, la renonciation est à titre onéreux : le créancier stipule en contrepartie tel avantage, souvent un capital, l'attribution hors part d'un bien commun, par exemple » (31). L'on aboutirait donc à la solution absurde que si l'acte est présenté en entier et qualifié, par les parties, de capitalisation de la rente alimentaire, l'homologation judiciaire est exigée, alors que si les parties isolent un élément de la transaction en le présentant comme une renonciation à la pension de l'article 301, fût-ce contre l'attribution, en contrepartie, d'un capital, cette opération échappera au contrôle du tribunal (32).

(29) Cass., 17 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 319.

(30) E. VIEUJEAN, « Les effets du divorce pour cause déterminée », in *Le divorce en Belgique : controverses et perspectives*, Story-scientia, 1991, n° 66, p. 225 ; M. GERLO, *Onderhoudsgelden*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, n° 269.

(31) E. VIEUJEAN, *op. cit.*, n° ??, § ?, p. 225.

(32) E. VIEUJEAN, *op. cit.*, n° 66, p. 225.

Une telle contradiction ne peut s'expliquer que par la constatation que la procédure d'homologation judiciaire, qui restreint la liberté de conclure en la subordonnant à un contrôle *a posteriori*, est d'interprétation restrictive tant elle constitue une exception à la règle qui domine, de fait, la matière, à savoir l'autonomie de la volonté.

La règle de l'indisponibilité de l'état cède donc, en dehors de toute habilitation légale expresse, devant la liberté de contracter généralement reconnue aux parties, en cette matière, sous réserve bien entendu des procédures de contrôle judiciaire, s'il échet.

B. — *Les conventions de substitution de maternité*

1. *Définition*

L'on désigne habituellement le contrat de « mère porteuse » par l'expression « contrat de maternité de substitution » ou encore « gestation pour compte d'autrui ».

Il s'agit d'un contrat par lequel une femme accepte de se faire inséminer, artificiellement ou non, avec le sperme d'un homme dont la compagne ne peut porter d'enfant, ou encore, d'accepter l'implantation d'un embryon fécondé *in vitro* à l'aide des gamètes du couple, et s'engage à remettre l'enfant issu de cette pratique, à la naissance, à ses parents affectifs (33).

Le recours à une mère porteuse répond essentiellement à des indications thérapeutiques pour permettre de répondre au désir d'enfant d'une femme née sans utérus ou qui a dû subir une hystérectomie, de celle atteinte d'une malformation ou d'une pathologie rendant la gestation impossible, de celle qui

(33) Plusieurs variantes sont possibles en ce qui concerne la méthode de conception de l'enfant : il est possible que l'enfant soit conçu *in vitro* par insémination artificielle de la mère porteuse, ou *in vivo* à partir de gamètes provenant soit du couple, soit de deux étrangers, soit du mari — ou compagnon — et de la mère porteuse, soit de la mère porteuse et d'un tiers. Il est aussi possible que l'enfant soit conçu *in vivo*, avec ou sans insémination artificielle, par la future mère de l'enfant, prélevé au stade embryonnaire par lavage et implanté, pour la seule durée de la grossesse, chez une mère de substitution. Voy. J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ?*, Presses Universitaires de France, 1987, p. 109.

est incapable de mener une grossesse à terme ou encore de celle pour laquelle une grossesse présente un risque élevé pour la vie ou la santé de la mère, ou de l'enfant. La technique de la maternité de substitution peut également être envisagée aux fins d'éviter la transmission à l'enfant d'une affection héréditaire transmissible par la femme.

2. *Validité du contrat de gestation pour compte d'autrui*

Outre les questions suscitées par cette pratique en droit de la filiation, dont nous ne traiterons pas ici tant ces questions dépassent le cadre de la présente étude, les auteurs se sont interrogés sur la licéité de la convention de maternité de substitution.

La doctrine s'accorde pour déclarer le contrat de maternité de substitution nul, car contraire à l'ordre public. Le fondement de cette illicéité résiderait dans la double indisponibilité du corps humain et de l'état civil (34).

Les tribunaux français se sont fondés sur le caractère illicite des conventions de maternité de substitution pour prononcer la dissolution des associations ayant pour but de favoriser la pratique des « mères porteuses » en mettant en contact des candidates à la gestation pour compte d'autrui et des couples stériles : ont ainsi été dissoutes l' ANIAS (Association Nationale pour l'Insémination Artificielle par Substitution), l'Institution des Mères d'Accueil, l'association « Les Cigognes », ainsi que la célèbre Association Alma Mater.

Saisie d'un pourvoi formé par l'Association Alma Mater contre la décision prononçant l'annulation de l'association, la Cour de cassation de France a rappelé, dans un arrêt du 13 décembre 1989, que l'objet de l'association était de favoriser « la conclusion et l'exécution des conventions qui, fussent-elles verbales, portent à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en l'application de l'article 1128 du code civil » (35).

(34) X. DIJON et J.P. MASSON, Observations sous Cass. fr., 31 mai 1991 et Paris, 15 juin 1990, *J.T.*, 1991, p. 769.

(35) Cass. fr., 13 décembre 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 254, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *J.C.P.*, 1990, II, 21526, note SÉRIAUX.

Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour de cassation française dans un arrêt du 31 mai 1991, par lequel la cour suprême casse un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 — qui avait déclaré conforme à l'ordre public la pratique de la maternité de substitution —, aux termes d'une motivation qui confirme le double fondement de l'illicéité du contrat envisagé : « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » (36).

S'il est incontestable que la convention de maternité de substitution est nulle, de nullité absolue, car contraire à l'ordre public, il convient, pensons-nous, de nous pencher sur la justification juridique de cette nullité. Notre droit positif ne peut admettre la validité du contrat de « mère porteuse » au motif qu'un tel contrat a un objet et une cause illicites : le corps humain est hors commerce et un enfant ne peut être l'objet d'un contrat.

La règle de l'indisponibilité de l'état n'est, pensons-nous, guère pertinente pour fonder la nullité des conventions de maternité de substitution : en effet, il ne nous paraît pas exact d'affirmer que « ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère » (37). En effet, dans le cas où l'enfant est issu des gamètes du couple stérile, l'exécution du contrat de maternité de substitution aura précisément pour effet de mettre en concordance la vérité juridique et la vérité biologique en désignant comme parents le couple stérile. *A contrario*, l'annulation du contrat aura pour conséquence de faire triompher la filiation de la mère porteuse (art. 312 C. civ.), qui ne correspond pas à la filiation génétique de l'enfant.

(36) Cass. fr., 31 mai 1991, *D.*, 1991, *J.*, p. 417.

(37) J. RUBELLIN-DEVICHI, « Jurisprudence française en matière de droit civil — Personnes et droits de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 255.

Il semble donc que l'on ne peut valablement invoquer, de façon inconditionnelle, en cette matière, la règle de l'indisponibilité de l'état. De plus, point n'est besoin de recourir à l'indisponibilité de l'état pour démontrer l'illicéité des contrats de maternité de substitution, dès lors que les éléments constitutifs essentiels généraux d'un tel contrat sont, *ipso facto*, viciés au regard du principe de l'extra-commercialité du corps humain.

La règle de l'indisponibilité se révèle donc inutile, voire inadéquate, pour proclamer la nullité des conventions de maternité de substitution.

C. — *Les conventions entre concubins*

Le concubinage étant une situation de plus en plus courante, on constate de plus en plus fréquemment, dans la pratique, la conclusion de conventions entre concubins, portant organisation de la vie commune. La validité de tels contrats ne fait aucun doute, dès lors qu'ils ont pour objet de préciser le statut des biens possédés par les concubins, et de régler leurs intérêts patrimoniaux durant la vie commune, ainsi que lors de sa dissolution en cas de décès (clauses de tontine et d'accroissement) (38).

Mais il arrive également que ces conventions visent à préciser les modalités de la contribution des concubins aux charges du ménage, en déterminant la contribution financière respective des parties ou en prévoyant l'ouverture d'un compte bancaire commun sur lequel seront prélevées les sommes nécessaires à l'entretien du ménage. La doctrine classique admet la validité de pareilles conventions, en se référant à la règle qui permet aux concubins de régler les effets patrimoniaux de leur union (39). Toutefois, il échet de constater que ce type de conventions entraîne la modalisation de ce qui serait partie de l'obligation de secours entre époux : le caractère pécuniaire de l'obligation de secours ne suffit pas, à lui seul, à justifier la possibilité, offerte aux concubins, de disposer de ce qui est l'un des effets personnels du mariage et, partant, ressortit incontes-

(38) De Page, n° 854, p. 858.

(39) N. Verheyden-Jeanmart, « Les effets patrimoniaux de l'union libre et de sa rupture », in *L'union libre*, Bruylant, Bruxelles, 1992, n° 7, p. 55.

tablement à l'état des personnes. Si les concubins sont autorisés à stipuler de telles obligations, c'est, en réalité, que l'autonomie de la volonté domine la matière relative à l'état des personnes.

Par ailleurs, l'interdiction faite aux concubins de stipuler, conventionnellement, le paiement d'une indemnisation en cas de rupture — hors réparation d'un préjudice réel consécutif à la commission d'une faute —, ne s'explique pas, en réalité, par la règle de l'indisponibilité de l'état, mais bien par la contrariété qu'impliquerait une telle clause à la liberté d'aller et de venir comme à celle de se marier, reconnues à tous en vertu des articles 5 et 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et non par la règle de l'indisponibilité de l'état. Bien au contraire, la nature essentiellement pécuniaire d'une telle convention devrait, dans la théorie classique, conduire à la réputer licite, au regard de la faculté offerte aux parties de disposer des conséquences patrimoniales de l'état.

De même, la prohibition des clauses aliénant la liberté des concubins en décidant de les lier par une obligation de cohabitation ou de fidélité se justifie par rapport à la règle contenue dans l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, proclamant le droit de se marier et de fonder une famille... avec un autre !

Encore une fois, il nous est permis de conclure à l'inefficacité de la règle de l'indisponibilité de l'état et, en particulier, de la distinction, quelque peu spécieuse, mais communément admise, entre l'état — et ses attributs —, par essence indisponible, et ses conséquences patrimoniales, à propos desquelles on pourrait disposer par voie de conventions ou d'actes juridiques unilatéraux.

D. — *Les conventions de séparation de fait communément appelées conventions d'honneur*

1. *Définition*

Les praticiens du droit de la famille sont constamment consultés par des couples qui traversent des situations de crise conjugale, se caractérisant par la décision commune des par-

ties, ou par la volonté unilatérale de l'une d'elles, de mettre fin, temporairement, à la vie commune, aux fins de se ménager un temps de réflexion devant conforter les parties dans le choix de l'option définitive à adopter : divorcer ou reprendre la cohabitation.

Soucieuses d'éviter d'exacerber le conflit naissant en recourant à une procédure judiciaire formelle et en confiant ouvertement la défense de leurs intérêts à un conseil, les parties décident, très souvent, de souscrire à une convention ayant pour objet de marquer l'accord des époux sur la suspension provisoire du devoir de cohabitation, ainsi que sur les modalités pratiques de l'aménagement de la séparation de fait : attribution à l'un des conjoints de l'administration de la personne et des biens des enfants communs, reconnaissance à l'autre parent d'un droit de visite, paiement d'une contribution alimentaire au profit des enfants communs et parfois également au profit de l'un des époux, attribution des allocations familiales, prise en charge de l'emprunt hypothécaire afférent à la résidence conjugale dès lors que les parties doivent désormais supporter un loyer supplémentaire ...

Cette pratique épouse parfaitement les préoccupations de bon nombre de ces couples en état de crise, à savoir d'empêcher que le litige ne se cristallise en le portant devant une juridicition, par la voie d'une procédure formelle, au cours de laquelle chaque partie sera immanquablement amenée à se justifier, et par conséquent, à se défendre.

Confrontés à ces « pactes domestiques », les praticiens se trouvent embarrassés : comment concilier le devoir de tout conseil de ménager, au maximum, les chances de réconciliation ou de règlement amiable du conflit, avec la constatation que ces conventions informelles, qui relèvent de la paix des familles, sont rigoureusement illicites — du moins, à en croire la doctrine traditionnelle —, et partant, de nul effet.

Les conseils des parties ont, en tout état de cause, le devoir d'avertir leurs clients que ces pactes de séparation de fait sont dépourvus de toute force juridique (40) — et ne seront donc pas susceptibles d'exécution forcée, s'il échet —, et de les invi-

(40) Les praticiens ont coutume de « brocarder » cette situation en disant que les conventions d'honneur valent ce que vaut l'honneur des parties.

ter à couler cet accord dans un jugement, ce qui implique nécessairement l'introduction d'une procédure judiciaire et donc, l'institutionnalisation du litige.

La prohibition générale qui frappe les pactes de séparation nuit incontestablement à la mise en œuvre de formules souples de médiation : cette prohibition, le plus souvent ignorée des parties, introduit un élément factice dans des situations souvent très pénibles sur le plan humain, en aboutissant à donner raison, en fin de compte, à celui des époux qui viole ses engagements au mépris de la convention conclue, alors que le droit devrait, au contraire, en cette matière plus qu'en toute autre, s'attacher à apaiser les tensions en offrant aux parties la possibilité d'un dialogue constructif, assorti de garanties réelles.

2. *Validité des conventions de séparation*

La prohibition des pactes de séparation repose sur des justifications, avancées par la doctrine traditionnelle, et dont il convient d'examiner le fondement (41) :

a) Illicéité de la séparation de fait

La prohibition des pactes de séparation est présentée comme la conséquence logique du caractère illicite de la situation que ces pactes s'attachent à régir, à savoir la suspension du devoir de cohabitation des époux, caractérisé par la séparation de fait des parties. Ainsi, il est théoriquement interdit aux époux de se soustraire, fût-ce temporairement, à l'exécution, en nature, de leurs obligations de cohabitation, de secours et d'assistance, hors toute procédure judiciaire.

Ce premier argument ne résiste pas à la critique : en effet, peut-on imaginer, par exemple, que l'accord des époux sur le principe que l'un d'entre eux quitterait, pour des raisons professionnelles par exemple, le domicile conjugal, pendant une période déterminée, serait reconnu comme illicite ? L'on peut difficilement concevoir qu'un tel accord puisse être déclaré nul, de sorte que l'autre conjoint serait fondé à invoquer l'abandon du domicile conjugal par son partenaire aux fins

(41) B. MAINGAIN, « Le pacte de séparation de fait : un mode de règlement licite du conflit familial », *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, pp. 227 et suiv.

d'obtenir un divorce pour cause déterminée à charge de ce dernier.

Or, cette situation ne se distingue en rien, sur le plan juridique, pensons-nous, de l'hypothèse de la séparation de fait des époux pour cause de mésentente.

Savatier a ainsi défendu la licéité des conventions de séparation de fait, en affirmant que le devoir de cohabitation peut valablement être suspendu par les conjoints, à condition que cette suspension soit provisoire et révocable (42).

De surcroît, nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence ont admis la validité des conventions en matière d'aliments, à l'occasion précisément d'une situation de séparation de fait des parties. En effet, il est un principe général de droit judiciaire selon lequel le juge ne doit être saisi qu'en cas de litige : ainsi, Jacques De Gavre est-il d'avis qu'il convient de reconnaître aux conjoints le pouvoir de conclure des conventions portant sur l'exécution de l'obligation alimentaire, dès lors qu'en l'absence de litige, la saisine du juge ne s'impose pas (43).

b) La séparation de corps

La loi prévoit expressément une institution ayant pour effet de suspendre l'exécution du devoir de cohabitation : la procédure de séparation de corps.

La doctrine traditionnelle, qui proclame l'illicéité des pactes de séparation, argue que les époux ne sont pas autorisés à substituer un mode informel de séparation à celui expressément prévu par le législateur.

Savatier critique cette justification en soulignant la différence fondamentale qui existe entre les deux hypothèses : la séparation de corps organise la suspension définitive du devoir de cohabitation, seule la volonté conjointe des époux permettant d'y mettre fin, alors que la séparation de fait à l'amiable se caractérise, au contraire, par sa nature essentiellement pro-

(42) R. SAVATIER, « Les conventions de séparations amiables entre époux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1931, p. 535.

(43) J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles, 1967, p. 277.

visoire, chacun des conjoints pouvant offrir de reprendre la vie commune à tout moment.

Bernard Maingain fait remarquer que le législateur a d'ailleurs fort bien perçu la portée de cette distinction puisqu'il a organisé, parallèlement à l'institution de la séparation de corps, la procédure en séparation provisoire devant le juge de paix, sur la base de l'article 223 du Code civil, qui permet au juge, en cas de mésentente grave des époux, de suspendre temporairement le devoir de cohabitation (44).

c) Immutabilité des conventions matrimoniales

Les auteurs justifient encore la prohibition des conventions de séparation par la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui s'oppose à ce que les époux ne portent atteinte à l'équilibre réalisé aux termes de ces conventions matrimoniales, en organisant, par le fait de la séparation, une sorte de liquidation anticipée, et sans garantie, du régime matrimonial choisi.

Bernard Maingain rencontre cette objection en rappelant que l'argument a perdu de sa pertinence depuis que le législateur autorise la modification, pendant le mariage, des conventions matrimoniales : « l'immutabilité du régime n'est plus un postulat du mariage en droit belge » (45). En outre, les pactes de séparation ne visent généralement pas les règles du régime matrimonial : ce n'est qu'incidemment, et de façon essentiellement précaire, que ces pactes porteraient atteinte aux effets du contrat de mariage.

d) L'autorisation judiciaire

La doctrine a ajouté un nouvel argument aux justifications traditionnelles, tiré de la constatation qu'aux termes de l'article 223 du Code civil, seul le juge a le pouvoir de dispenser les époux du devoir de cohabitation et d'aménager les modalités pratiques de la séparation. Rappelons, à cet effet, la règle générale qu'en l'absence de disposition législative expresse, les cours et tribunaux ne peuvent connaître que des litiges et « ce

(44) B. MAINGAIN, *op. cit.*, n° 28, p. 235.
(45) B. MAINGAIN, *op. cit.*, n° 28, p. 236.

que le juge a le pouvoir de décider en cas de litige, les parties ont le pouvoir de convenir en l'absence de toute contestation » (46).

Dans la pratique, l'on voit souvent des époux se présenter devant le juge de paix, sur conseil de leurs avocats, aux seules fins de faire entériner un accord intervenu entre eux.

De plus, lorsque la séparation de fait des époux est motivée par un manquement grave de l'un des conjoints à ses obligations, la doctrine autorise l'époux victime de ce manquement à suspendre, temporairement, et de façon unilatérale, la poursuite de la vie commune, sans recourir nécessairement, au préalable, à la procédure de l'article 223 du Code civil devant le juge de paix, surtout si l'urgence le requiert.

Dès lors, pourquoi interdire de faire contractuellement ce que l'on est autorisé à faire de façon unilatérale ? Pourquoi imposer le recours à un contrôle judiciaire hors de tout litige et de toute procédure d'homologation obligatoire ?

Les arguments traditionnellement invoqués à l'encontre des pactes de séparation se révèlent, à l'analyse, fort contestables.

L'on est donc en droit de prétendre qu'en cette matière également, il échet de faire triompher la liberté de contracter. Reconnaître la validité des pactes de séparation — essentiellement temporaires et révocables — permet de mettre le droit en concordance avec une réalité sociale incontournable.

Conclusion

La constatation que la règle de l'indisponibilité de l'état se révèle tout à la fois inutile — dès lors qu'il n'est pas de cas connu où cette seule règle permet de fonder l'illicéité d'une convention ou d'un acte unilatéral pour contrariété à l'ordre public — et manifestement impuissante à contenir la liberté de contracter des parties, il serait plus réaliste d'adopter la

(46) B. Maingain, *op. cit.*, n° 33, p. 237.

solution consistant à proclamer, en droit des personnes, le principe de l'autonomie de la volonté sous la double réserve du respect des prescriptions légales — et des principes généraux du droit — et des procédures d'homologation, s'il échet.

QUELQUES ASPECTS DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT COMPARÉ

PAR

Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS

Maître de conférences
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocate

I. — Introduction

1. — Les auteurs qui se sont penchés sur la notion d'ordre public en droit comparé sont arrivés à la conclusion que c'est une notion particulièrement difficile à cerner (1). Elle est plus ou moins envahissante selon les droits examinés et est susceptible de faire l'objet de nombreuses définitions.

Dans un premier temps nous chercherons à en préciser la portée dans divers systèmes juridiques, ensuite nous aborderons certaines institutions d'une manière plus pragmatique afin de mettre en évidence certaines caractéristiques de l'ordre public.

II. — Notion

2. — La notion d'ordre public est incontestablement une notion a contenu variable selon les systèmes envisagés. Les études qui y ont été consacrées ont mis en évidence que dans certains droits elle est omni-présente tandis que dans d'autres on lui prête moins d'attention. Le droit français en fait une notion centrale de la théorie du droit en l'insérant dans le titre préliminaire du Code civil. Aux termes de l'article 6 « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Ce texte de portée générale est renforcé par de nombreuses dispositions du Code civil et en particulier par l'article 1133 qui dispose que « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ».

La doctrine a dégagé deux domaines de l'ordre public, celui de l'ordre politique et moral et celui de l'ordre économique et social. Le premier poursuit un triple but, l'organisation de

(1) Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, thèse, Paris, Matot-Braine, Reims, 1953 ; K. Simitis, *Gute Sitten und « ordre public »*, Elwert, Marbourg, 1960 ; Travaux de l'Association Henri Capitant, 1952, t. VII, Montréal, 1956 ; D. Tallon, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais, Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 883.

l'Etat et des pouvoirs publics, la protection du statut de la famille et le respects des bonnes mœurs. Le second prend essentiellement en considération l'échange des biens et des services (2).

Le droit italien semble fort proche du droit français. Une disposition générale du Code civil énonce que »... en aucun cas, les lois et les actes d'un Etat étranger, les décisions et les actes d'une quelconque institution ou entité, ou les dispositions privées et conventions, ne pourront avoir d'effet sur le territoire de l'Etat, quand ils sont contraires à l'ordre public » (3). De même, en matière contractuelle l'article 1343 du Code civil précise que « la cause est illicite lorsqu'elle est contraire à une loi impérative, à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (4).

Il semble cependant que la notion d'ordre public ainsi dégagée soit nettement plus restrictive qu'en droit français. On considère, en général, qu'un acte n'est contraire à l'ordre public que lorsque la règle enfreinte est d'ordre impératif ou lorsqu'il est contraire à des dispositions incontournables des fondements généraux du droit (5). A cet égard, il importe de préciser que le terme de lois impératives désigne, en droit italien, les lois qui interdisent de manière expresse certains actes et activités (comme les lois pénales) et que la notion d'ordre public recouvre les dispositions (également impératives) qui ne sont pas formulées de manière expresse. Elles se déduisent du système législatif, du Code, des autres lois ordinaires et surtout de la Constitution (6).

Le droit suisse adopte également une conception étroite de l'ordre public. Aux termes de l'article 19 du Code des Obligations, la loi n'exclut « les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit stricte, lorsqu'une dérogation

(2) J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, « Les Obligations », 2e éd, Paris, L.G.D.J., 1988, nos 106 et s. ; L'ordre public économique n'est pas toujours envisagé avec la même faveur, D. TALLON y voit des « applications mesquines » de l'ordre public, *loc. cit.*, 885.

(3) La portée de cet article a fait l'objet de nombreuses discussions, *Rassegna Di Giurisprudenza*, Codice civile, L. 1, G.S. RICHTER, Milan, Dott. A. Giuffré, 1969, 63.

(4) Cet article s'accompagne de deux dispositions plus précises, l'une relative à la fraude à la loi (art. 1344) et l'autre au mobile illicite (art. 1345).

(5) MESSINEO, *Dottrine generale*, s. 271 ; *Manuale*, vol. 1, par. 2, n° 2a, par. 45, n° 4 ; K. SIMITIS, *op. cit.*, 157.

(6) F. GALGANO, *Diritto Privato*, Cedam, Padoue, 1987, par. 13.2, 251 ; MESSINEO, *Dottrine generale*, s. 271 ; K. SIMITIS, *op. cit.*, p. 57.

à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public, ou aux droits attachés à la personnalité ». L'ordre public ne concerne que les règles impératives les plus importantes, celles qui dérivent du texte de loi lui-même ou encore celles qui sont indispensables pour poursuivre le maintien d'un certain ordre juridique. On compte, parmi celles-ci, les dispositions relatives à la conclusion des conventions, des mariages, les obligations des époux et les dispositions relatives au droit des biens. Il faut y ajouter les règles de droit public qui ont pour but de régler le contenu des contrats ou l'interdiction d'acheter certains biens (7). Pour le surplus on rencontre des difficultés liées au fait que toutes les règles impératives ne sont pas nécessairement d'ordre public au sens de l'article 19 du Code des Obligations (8).

3. — Dans les pays de Common Law, la notion de « public policy » semble encore plus étroite. Elle ne fait pas l'objet d'une théorie générale et se limite aux actes juridiques en droit privé. Au chapitre de l'illégalité des contrats on distingue les contrats qui sont contraires à la loi, de ceux qui sont contraires à la « public policy ». Cette dernière notion, élaborée par les tribunaux, puise sa force dans les précédents judiciaires de la Common Law (9). On trouve la même distinction dans le droit des Etats Unis, avec cette particularité qu'on ne parle plus de « illegal contracts », mais de « unenforceability ». Le but du Restatement on Contracts est, en effet, uniquement de déterminer si un contrat est « exécutable » et non pas de préciser s'il existe une autre sanction frappant l'illicéité d'un contrat au niveau de sa conclusion ou de son exécution (10).

4. — En droits allemand et néerlandais, la notion d'ordre public est réduite à la portion congrue et est totalement supplantée par celle de bonnes mœurs. Les auteurs de BGB ont expressément rejeté cette notion du par. 138 qui dispose que

(7) K. SIMITIS, *op. cit.*, p. 155.

(8) P. ENGEL, *Traité des obligations en droit Suisse*, éd. Ides et Calendes, Neuchatel, p. 90.

(9) ANSON, *The Law of contracts*, p. 277 ; TREITEL, *An outline of the Law of Contracts*, éd. 4, Butterwoths, London, 1989, p. 156 ; CHESHIRE, FIFOOT and FURMSTON's *Law of Contracts*, éd. 11, Butterworths 1986, pp. 335 et s. ; CHITTY *On Contracts*, éd. 26, Sweet et Maxwell, London 1989, pp. 683 et s.

(10) Restatement, Second, Contracts, ch. 8, p. 5.

« est nul tout acte juridique contraire aux bonnes mœurs... ». On reproche à l'ordre public de ne pas avoir un contenu suffisamment précis et de ne pas se démarquer des autre actes contraires à l'ordre juridique ou à l'ordre moral (11).

Par ailleurs, le droit allemand fait la même distinction que les pays de Common Law entre les actes juridique interdits par la loi et les actes juridiques contraires aux bonnes mœurs (par. 134 et 138 BGB). C'est donc également du côté de la jurisprudence qu'il faut rechercher le contenu de la notion de « guten Sitten » (12).

Une approche analogue résulte du droit néerlandais qui opère la même distinction entre l'acte juridique contraire à la loi et l'acte juridique contraire aux bonnes mœurs. La notion d'ordre public y est particulièrement vague et rarement invoquée en jurisprudence (13).

5. — Ce rapide tour d'horizon montre la difficulté qu'il y a d'entreprendre une étude globale de la notion d'ordre public.

Une première difficulté apparaît au niveau de la terminologie (1), une seconde au niveau du contenu de celle-ci (2).

1. On aura, certes, compris qu'au niveau de la terminologie on ne peut pas se borner à la seule analyse de la notion d'ordre public et qu'il faut chercher au delà des mots des concepts de valeur égale dans les divers droits analysés. Il en est particulièrement ainsi de la notion de bonnes mœurs en droit allemand.

En droit français on associe généralement en les distinguant la notion d'ordre public et celle de bonnes mœurs (art. 6, C. civ.). Des auteurs comme Planiol pensent que l'ordre public résulte de la loi, contrairement aux bonnes mœurs (14). D'autres auteurs donnent une interprétation exégétique de l'article 6 du Code civil en précisant que seules sont visées *les lois* qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs à l'ex-

(11) FLUME, *Algemeiner Teil, des Bürgelichen Rechts*, vol. 2, Springer-Verlag, Berlin, 1979, par. 18, p. 364.
(12) FLUME, *op. cit.*, par. 17, p. 340.
(13) Asser's (Hartkamp) *op. cit.*, p. 208, n^{os} 242 et s.
(14) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, éd. 3, 1948, I, par. 294.

clusion de toute morale générale (15). A l'heure actuelle la doctrine pense que « les bonnes mœurs ne sont que l'aspect plus spécialement moral de l'ordre public dont elles sont indissociables » (16).

En droit allemand, comme nous l'avons précisé, les auteurs du Code civil ont estimé pouvoir écarter la notion d'ordre public en faveur de celle de bonnes mœurs. On avait cependant avancé deux arguments en faveur de son maintien. Le premier faisait valoir que le § 134 du BGB ne concerne que les lois concrètes et ne devrait pas être étendu au droit non écrit relatif à l'intérêt public. Il faut donc prévoir un texte précis en ce qui les concerne. Le second argument est lié au blâme moral qui s'attache à la notion de bonnes mœurs. En lui adjoignant la notion d'ordre public on évite de mettre l'accent sur l'idée de condamnation morale lorsque l'infraction ne concerne que l'ordre public. Ces arguments n'ont pas trouvé grâce aux yeux des rédacteurs du BGB. Certes, la notion de bonnes mœurs englobe celle d'ordre public, mais il faut lui préférer la première qui contient un critère concret d'appréciation alors que la seconde ne fait que se référer à certains principes de l'ordre juridique (17).

Aux Pays-Bas, on constate une évolution inverse. Alors que la notion de bonnes mœurs semblait avoir la faveur de la jurisprudence, le texte actuel du N.B.W. lui accorde une place équivalente à celle de l'ordre public. L'article 40, du Livre 3 déclare (1) nul tout acte juridique qui par son contenu ou par son étendue contrevient aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ; (2) nul tout acte juridique contraire à une disposition obligatoire, à moins que celle-ci ne protège que des intérêts privés, ou que la loi elle-même n'en dispose autrement. Une telle formulation permet de considérer que les notions d'ordre public et de bonnes mœurs visent le droit non écrit, par opposition au droit écrit (18). Les auteurs insistent également sur la difficulté de définir la notion de bonnes mœurs alors que

(15) CAPITANT, *De la cause des obligations*, éd. 3, 1930, n° 107 ; J. BONNECASE, *La notion juridique de bonnes mœurs*, Etudes Capitant, 1939, p. 94.
(16) J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 104, n° 111.
(17) W. FLUME, *op. cit.*, par. 18-1, p. 367.
(18) Asser's (Hartkamp), *op. cit.*, n° 244, p. 209.

celle d'ordre public, plus précise, couvre les principes fondamentaux de l'organisation de la société actuelle (19).

On relève une situation analogue en droit suisse où la notion de bonnes mœurs côtoie celle de droit strict et celle de droits attachés à la personnalité.

2. Les quelques données exposées ci-dessus montrent, en outre, que la valeur des mots n'est pas la même dans les divers droits. Il en est particulièrement ainsi de la notion de loi impérative. En droit belge on a tendance à la définir par opposition à la loi d'ordre public. Selon DE PAGE, « les lois impératives, ou prohibitives, sont celles qui touchent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (20). C'est là une formulation très générale qu'on ne rencontre plus guère. A l'heure actuelle, on réserve le terme de loi impérative aux lois qui ne protègent que des intérêts privés et n'entraînent qu'une nullité relative par opposition aux lois d'ordre public qui protègent les intérêts généraux et sont sanctionnées par la nullité absolue (21). La distinction paraît bien campée.

La doctrine, particulièrement française, émet cependant des doutes quant à l'intérêt de cette distinction (22). Elle a mis l'accent sur les difficultés que l'on rencontre pour faire la part des choses entre l'intérêt général et l'intérêt particulier et certains auteurs pensent que « il semble donc préférable d'admettre que *l'ordre public englobe toutes les lois impératives*, sans essayer de distinguer entre celles-ci à partir d'une notion d'ordre public trop incertaine et trop diversifiée pour fonder une division rigoureuse » (23).

Dans les autres droits examinés la question ne se pose pas de la même manière. Plusieurs droits font de la violation de la loi une catégorie autonome d'illicéité du contrat, sans faire de distinction entre lois d'ordre public et lois impératives. Il en

(19) Asser's (Hartkamp) *op. cit.*, n° 272, p. 232.

(20) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1962, t. I^er^, p. 111, n° 91.

(21) X. DIEUX, « Le contrat : Instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1984, p. 270.

(22) J. CARBONNIER, *Les obligations*, n^os^ 632 et 635 ; WEILL et TERRE, *Les obligations*, n^os^ 102 et 243 ; J. HAUSER, *Encycl. Dall.*, v° Ordre public et bonnes mœurs, n° 9.

(23) J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 97, p. 90 ; citant J. GHESTIN, « L'ordre public, notion a contenu variable en droit privé français », in *Les notions a contenu variable en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, 1984, n^os^ 77 et s.

est ainsi dans les pays de Common Law de même qu'aux Pays-Bas et en Italie. En droit suisse les deux notions semblent davantage se compléter que de s'opposer. L'article 19 du C.O. distingue les notions de droit strict, d'ordre public, de bonnes mœurs et de droits attachés à la personnalité. Les règles de droit strict sont celles qui énoncent expressément leur caractère impératif où qui le tirent d'une solide tradition. Ces règles font partie de l'ordre public sensu lato qui doit être complété par d'autres règles impératives relevant des notions d'ordre public et de bonnes mœurs (24).

III. — Définitions

6. — Une démarche typiquement civiliste consiste à entreprendre l'étude de la notion d'ordre public au départ des différentes définitions qui en ont été données.

En droit belge, la définition de De Page est célèbre : « La loi d'ordre public est celle qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée ». La Cour de cassation a adopté cette définition dans son arrêt du 9 décembre 1948 pour définir l'ordre public « proprement dit » (Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 699 ; *R.C.J.B.*, 1954, p. 251, note P. De Harven ; comp. la définition de 1893 : « Ce que la loi considère comme essentiel et entoure d'une protection spéciale » ; Cass., 14 avril, 1893, *Pas.*, 1893, I, 167). Cette définition comporte deux restrictions. Elle définit l'ordre public au travers de la loi et elle ne concerne que les intérêts essentiels. Ceci a permis à M. Malaurie d'en déduire que la notion d'ordre public en droit belge est plus restrictive qu'en droit français. Cette dernière ne s'apprécie pas uniquement au travers de la loi et n'est pas limitée aux intérêts essentiels (Ph. Malaurie, *L'Ordre public et le contrat*, Reims, Matot-Braine 1953, p. 70). Selon certains, la notion française est

(24) S. Simonis, « Rapport Suisse sur la notion d'ordre public », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, op. cit.*, p. 802 ; sur la portée de la notion de droit strict voy. P. Tercier, P. Gauch et W.R. Schluep, *La partie générale du droit des obligations*, éd. Schultdhess, Zurich, 1982, n° 454.

« relative » parce qu'elle est variable ». Elle peut se définir comme « le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité » (idem, p. 69). « L'ordre public est un dans sa définition ; il est multiple dans ses applications » (*Idem*, p. 71). L'opposition entre le droit belge et le droit français ne nous semble cependant pas aussi profonde et on peut citer de nombreux exemples où la notion d'ordre public intervient en dehors de tout contexte légal. S'il est vrai que l'article 6 du Code civil énonce, d'une manière restrictive que « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », il en est fait usage même en dehors de tout texte légal. C'est, par exemple, sur cette base que se fonde la célèbre jurisprudence qui déclare que les clauses pénales excessives sont illicites (Cass., 17 avril 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 754 et les conclusions de l'Avocat général KRINGS ; *Pas.*, 1970, I, 711 ; *R.C.J.B.*, 1972, 454, note Y. MOREAU-MARGRÈVE ; pour d'autres exemples voy. B. DE TEMMERMAN et autres, *Overzicht van de Rechtspraak (1981-1992) — Verbintenissen*, T.P.R., 1994, n° 147).

7. — Tous les auteurs s'accordent sur la difficulté qu'il y a à définir la notion d'ordre public. M. GHESTIN se réfère à la définition de PLANIOL selon laquelle « une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » (J. GHESTIN, *Traité de Droit civil, Les Obligations, Le Contrat : Formation*, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 85, n° 93). Il est parfois difficile de comparer deux définitions tant leur contenu peut être différent. Il en est ainsi des définitions suisse et italienne. Tout comme le droit belge, le droit suisse se réfère au droit écrit. La doctrine suisse précise que les règles d'ordre public sont les règles de droit public édictées par la Confédération ou les Cantons dans leur domaine de compétence : règles de droit administratif, de droit judiciaire, de droit pénal, etc. (P. TERCIER, P. GAUCH, W.R. SCHLUEP, *La partie générale du droit des obligations*, t. I^{er}, éd. Schulthess, Zurich, 1982, n° 4). Cette définition ne concerne qu'un ordre public stricto sensu.

D'autres droits se réfèrent à un ensemble de règles beaucoup plus générales. En droit italien, l'ordre public est constitué de

ces normes, même impératives, qui sauvegardent les valeurs fondamentales de nature collective, celles qui touchent à la vie commune paisible et sociale entre les hommes et au progrès économique et social, ou qui sauvegardent les valeurs de nature individuelle, soit relatives à la liberté, à la dignité, à la sécurité individuelle et qui, bien que ne résultant pas de manière expresse de la loi, résultent de manière implicite du système législatif : à savoir du Code civil et des autres lois ordinaires et surtout de la Constitution (F. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova, Cedam, 1987, n° 13.2, p. 251).

8. — La démarche civiliste, qui cherche tout d'abord à définir une notion, n'est pas conforme à l'esprit anglo-saxon. Les efforts fait pour définir la « public policy » sont quasi-inexistants. Au 19e siècle, on pensait que la « public policy » devait servir à protéger la liberté contractuelle (comp. Lord Jessel in Printing and Registering Co. v. Sampson (1875) *44 L.J.Ch.* 705). Plus récemment les décisions mettent l'accent sur la protection des intérêts de la communauté (Juge Pollock in Egerton v. Earl Brownlow (1854) *23 L.J.Ch.* 381, « Where a contract is directly opposed to public welfare it is void », *Digest*, vol. 2(1) n° 3653 ; comp. WINFIELD, in *Harv. L. Rev. 42*, 92).

De même aux Etats-Unis, si le Restatement second on Contracts utilise la notion de « public policy », il évite de la définir. Un ouvrage encyclopédique comme le Corpus Juris Secundum précise que les contrats contraires à la « public policy », c'est à dire ceux qui portent atteinte au public ou vont à l'encontre du bien public, sont illicites et nuls, même si on ne peut en déduire une quelconque intention en ce sens (« Contracts contrary to public policy, that is those who tend to be injurious to the public or against the public good, are illegal and void, even though actual intent does not result therefrom », *C.J.S.*, v° Contracts, par. 211, p. 1013). ; Twin City Pipe Line Co. v. Harding Glass Co., *Ark. 51*, S. Ct. 476).

9. — Ce sont les droits allemand et hollandais qui nous dépaysent le plus dans la mesure où la notion de bonnes mœurs y supplante quasi-totalement celle d'ordre public. Selon FLUME, un acte juridique est contraire aux bonnes

mœurs (« guten Sitten ») lorsqu'il va à l'encontre de valeurs dont la mise en œuvre est imposée par l'esprit de l'ordre juridique en vigueur, en sorte que la reconnaissance en droit de l'acte juridique qui méconnaît ces valeurs est incompatible avec le sens et la finalité du droit (W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2, Springer-Verlag, Berlin, 1979, par. 18, p. 366 ; voy pour les Pays-Bas, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1985, par A.S. HARTKAMP, vol. II, p. 7 et n° 256, p. 221). On le voit, le contenu de la notion de « guten Sitten » semble fort proche de celle de bonnes mœurs, avec son aspect moralisateur.

10. — Aux termes du § 138-1 du BGB, « Est nul tout acte juridique contraire aux bonnes mœurs ». Le législateur allemand a expressément écarté la notion d'ordre public pour la raison que son contenu est trop incertain et que les actes juridiques qui vont à l'encontre de l'ordre public sont généralement également considérés comme allant à l'encontre de l'ordre juridique ou de l'ordre moral (FLUME, *op. cit.*, p. 364 ; voy. *supra*, n° 5).

11. — Le comparatiste éprouve dès le départ un certain malaise. La démarche qui consiste à partir d'une définition est-elle bien la bonne ? Quel est, en définitive, le contenu de cette notion ? Il suffit de songer à la définition belge pour se rendre compte qu'elle est trop étroite et ne concerne que l'ordre public stricto sensu. Il en va de même en droit suisse (l'article 19 du C.O. précise : « ... La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité »). Les définitions allemande et hollandaise posent le problème de l'étendue du domaine d'investigation ; faut-il s'en tenir à une notion stricte, ou faut-il y englober celle des bonnes mœurs, qui fait incontestablement partie de la notion d'ordre public *sensu lato*. Les définitions allemande et hollandaise montrent bien que ce ne sont pas les mots qui doivent retenir notre attention, mais leur contenu.

Le lien entre la notion d'ordre public et de bonnes mœurs a également préoccupé les juristes français. Des auteurs comme Planiol et Hémard, pensaient que ces notions devaient être distinguées. L'ordre public résulte de la loi, contrairement aux bonnes mœurs (PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, éd. 3, 1948, I, par. 294). A l'heure actuelle, les auteurs défendent l'idée que « les bonnes mœurs ne sont que l'aspect plus spécialement moral de l'ordre public dont elles sont indissociables » (GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat*, L.G.D.J., Paris, 1988, n° 111, p. 104). Selon MALAURIE, il s'agit dans l'esprit des auteurs du Code de deux notions fort proches (MALAURIE, *op. cit.*, p. 30, n° 31). Nous pensons avec ces auteurs qu'elles sont indissociables.

12. — Après cette introduction fort théorique, nos voudrions approcher la notion d'ordre public sous un angle pratique.

Notre propos se limitera aux trois thèmes suivants :

— La notion d'ordre public est une notion en constante évolution. Cet aspect sera illustré par l'exemple des donations entre concubins.

— La notion d'ordre public a un contenu qui peut varier d'un droit à un autre : Cet aspect sera illustré par l'exemple de la lésion qualifiée.

— La notion d'ordre public est protéiforme et envahissante : Cet aspect sera traité sous l'angle des clauses de non-concurrence.

Le premier thème, celui des donations entre concubins a retenu notre attention en raison de l'évolution des idées à ce sujet. Le second thème, celui de la lésion qualifiée, nous a paru intéressant en raison de l'importance que lui attache le droit allemand. Le troisième thème fait l'objet de très longs développements dans les pays anglo-saxons et constitue en quelque sorte la base de notre droit de la libre concurrence.

IV. — Ordre public : une notion en évolution

13. — Pour illustrer ce point notre analyse portera sur les dispositions à titre gratuit entre concubins.

Soulignons en passant qu'il s'agit ici non pas d'un ordre public légal, mais d'un ordre public lié à certaines valeurs morales reconnues à un moment déterminé.

« Don de concubin à concubin ne vaut » proclamaient les anciennes coutumes et l'Ordonnance de janvier 1629 avalisait le principe en déclarant « toutes donations faites à concubins nulles et de nul effet » (*Code Michaux*, Ord. janvier 1629 art. 132, cité par H. Aubin, H. Fulchiron et T. Garé, « Les libéralités entre concubins », in *Les concubinages*, éd. C.N.R.S., Paris, 1986, t. II, n° 5 ; B. Hubeau, *Ongehuwd samenwonen*, Kluwer, Antwerpen 1985, p. 271). Le législateur de 1804 n'a cependant pas suivi cette aversion généralisée envers ce genre de donations et était plutôt d'avis que si « les concubins se passent de la loi, la loi se passe d'eux ». Il n'existe donc plus d'incapacité de principe entre concubins (N. Jeanmart, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Bruxelles, Larcier, 1986, p. 51, n^{os} 16 et s.). Mais les commentaires péjoratifs entourant le concubinage n'ont pas manqué de déteindre sur les donations. « Ce qui vicie la libéralité, ce n'est pas seulement le marché, écrit Jean Dabin, c'est le concubinage... » (J. Dabin, note sous Cass., 13 novembre 1953, *R.C.J.B.*, 1954, 7).

14. — On connaît l'usage que fait la jurisprudence belge des articles 6 du Code civil sur l'ordre public et les bonnes mœurs et 1131 et 1133 sur la cause illicite ou immorale pour sanctionner ce genre de donations. La libéralité est illicite lorsqu'elle a pour but « de faire naître, maintenir ou rémunérer les relations illicites » (Cass., 14 mai 1903, *Pas.*, 1903, I, 216 ; Cass., 13 novembre 1953, *Pas.*, 1954, I, 190, obs. R.H.). Dans son arrêt du 13 novembre 1953, la Cour de cassation précise que le caractère illicite ou immoral de l'un des mobiles déterminants, suffit à entraîner la nullité de la libéralité (Cass., 13 novembre 1953, *Pas.*, 1954, I, 190 note R.H.).

15. — L'évolution de la jurisprudence se marque principalement au niveau de la preuve de l'illicéité de la libéralité. Comme l'a fort clairement montré M^me^ JEANMART, pendant de nombreuses années la jurisprudence s'est contentée de la preuve de l'existence du concubinage pour en déduire la présomption que la libéralité est faite en considération de ces relations (Cass., 13 novembre 1953, *Pas.*, 1954, I, 109 note R.H. ; Cass., 19 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, 640 ; Cass., 5 février 1970, *Pas.*, 1970, I, 484). Le concubinage étant illicite en soi, les libéralités entre concubins doivent subir le même sort. Cette manière de penser résulte clairement des termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1958 : « En faisant du mariage le fondement essentiel de la famille, le législateur a nécessairement refusé de reconnaître un caractère légitime aux avantages résultant des relations de nature précaire nouées dans l'union libre ; qu'on ne pourrait attacher à ces relations des effets analogues à ceux que la loi réserve au mariage sans compromettre cette institution ». Il faut attendre les années 70 et particulièrement l'arrêt du 23 juin 1977, pour voir la jurisprudence abandonner la présomption résultant du concubinage. « Attendu que pour qu'une libéralité entre un homme et une femme qui entretiennent des relations hors mariage soit nulle, il faut mais il suffit que l'un des mobiles déterminants de la libéralité ait été de faire naître, de maintenir ou de rémunérer des relations illicites ; Attendu que le juge du fond apprécie souverainement si la preuve est rapportée de l'existence de pareil mobile » (*Pas.*, 1977, I, 1083 ; pour une discussion de ces arrêts voy. N. JEANMART, *op. cit.*, p. 50 n^os^ 15 et s ; C. REMON, « Le concubinage, Chronique de jurisprudence (1976-1981) », *Rev. not. b.*, 1982, p. 494 ; H. VANDENBERGHE, *De Juridische betekenis van het Concubinaat*, Gent, Story-Scientia, 1970, p. 137). La jurisprudence reste fidèle à ces principes (P. DELNOY, « Les libéralités (1981-1987) », *J.T.*, 1989, p. 304, n° 14).

16. — Le droit français connaît une évolution analogue envers le concubinage et en conséquence envers les libéralités entre concubins. En matière de libéralités les juges ne prononcent plus, depuis longtemps, la nullité de la libéralité pour cause d'illicéité du concubinage. C'est entre 1804 et 1830 que

cette jurisprudence s'est élaborée. Elle se fonde sur le fait que le Code n'a pas maintenu l'ancienne incapacité des concubins (Req., 19 janvier, 1930, *D. Rép.*, v° Dispositions entre vifs et testamentaires, n° 261 et Req., 2 juillet 1866, *D.*, 1866, 1, 377 ; J. HARMEL, *De la notion de cause dans les libéralités*, Paris, Sirey, 1920, pp. 233 et s.).

L'influence de cette jurisprudence s'est aussitôt fait sentir en matière de libéralités. Ne sont annulées que les libéralités qui ont pour but de créer ou de maintenir une situation immorale (Traité élémentaire de droit civil de M. PLANIOL (RIPERT et BOULANGER), Paris, L.G.D.J., 1948, p. 1116 ; Req. 2 février 1853, *D.*, 1853, 1, 57). Aux termes d'un arrêt du 8 juin 1926 sont nulles les libéralités qui ont été inspirées au disposant par le désir d'assurer « soit la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, soit leur rémunération (Req., 8 juin 1926, *D.*, 1927, 1, 113 note R. SAVATIER). Mais très tôt bon nombre de libéralités ont été admises lorsqu'elles étaient destinées à rompre des relations coupables, ou même lorsqu'elles étaient dictées par le souvenir d'un ancien amour comme le dit si joliment PLANIOL (*Traité élémentaire* de M. PLANIOL, *op. cit.*, p. 1116).

17. — A l'heure actuelle la jurisprudence admet également les libéralités faites en vue de réparer le préjudice causé par les relations coupables, même lorsque ces relations sont adultères, ou encore lorsqu'on peut y voir l'exécution d'un devoir de conscience ou de reconnaissance (H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, t. IV, vol. 2, n° 1390, p. 605 et les réf. citées ; *Encycl. Dalloz*, v° Concubinage, n^{os} 39 et s. ; H. AUBIN, H. FULCHIRON, T. GARÉ, *op. cit.*, n^{os} 9 et s. ; E.S. DE LA MARNIERRE, « Un choix ? Mariage ou concubinage », *Sem. jur.*, 1988, *D.*, 3326).

L'arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1970, qui admet le droit de réparation en cas de concubinage libre, met fin à une longue controverse (Cass. fr. (ch. mixte), *J.C.P.*, 1970, II, 16305, concl. Premier avocat général LINDON, note PARLANGE ; *D.*, 1970, J., 201, note COMBALDIEU ; J. VIDAL, « L'arrêt de la chambre mixte de 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *Sem. jur.*, 1971, *D.*, 2390).

18. — Un phénomène analogue peut être observé en droit allemand. La défaveur avec laquelle la jurisprudence envisageait les libéralités entre concubins adultères résulte à suffisance de la terminologie utilisée. Les « Mätressentestaments » étaient annulés sur la base du par. 138 du B.G.B. dès lors qu'ils avaient pour but d'inciter ou de récompenser les rapports sexuels. Jusqu'à la fin des années 60 la jurisprudence déduisait la contrariété aux bonnes mœurs de la simple présence régulière de rapports sexuels. En 1970, sous l'influence de la doctrine, le Bundesgerichtshof a modifié sa jurisprudence en précisant qu'il appartient désormais aux héritiers légitimes de rapporter la preuve de la contrariété aux bonnes mœurs de la libéralité. Celle-ci n'est nulle que si elle vise exclusivement la rémunération de rapports sexuels (*BGHZ*, 53, 369 ; *N.J.W.*, 1970, 1273 ; BGH, 29 juin 1973, *J.W.*, 1973, 1645 ; SOERGEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 9, Erbrecht, § 1937, n° 30). La situation est la même en ce qui concerne les donations (W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, Heidelberg, New York, Spring, 1979, § 18,5 ; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck'sche, München, 1983, III, § 22, p. 437).

19. — Les auteurs allemands mettent, à cet égard, l'accent sur le fait que le rôle du juge ne consiste pas à juger de la moralité de la personne mais de celle de l'acte juridique. Une décision de 1970 semble décisive à cet égard. Antérieurement les juges avaient tendance à porter leur jugement sur l'immoralité des relations des personnes en cause, alors que le par. 138 ne permet que de tester l'acte juridique lui-même par rapport aux bonnes mœurs (W. FLUME, *op. cit.*, par. 18,5 ; C. WITZ, *op. cit.*, n° 264, p. 234). La démarche allemande paraît ainsi plus rigoureuse que celle qui est suivie en France ou en Belgique, où c'est le critère des mobiles déterminants qui l'a emporté sur la cause abstraite de l'animus donandi. On reproche à celle-ci de ne pas fournir un critère valable pour écarter les libéralités illicites. J. DABIN fait observer que si l'intention libérale est la cause de celles-ci, on devrait en déduire la « conséquence extraordinaire et choquante qu'une libéralité illicite serait inconcevable, puisque l'intention libérale, prise en soi, ne saurait jamais être que licite » (J. DABIN,

op. cit., *R.C.J.B.*, 1954, p. 7 et 11 ; N. JEANMART, *op. cit.* p. 42 ; H. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 112, n^{os} 77 et s.).

Les juges allemands s'efforcent donc de tester l'acte juridique par rapport aux bonnes mœurs et recherchent si celui-ci est de nature à récompenser les relations envisagées plutôt que d'analyser l'immoralité des relations elles-mêmes (W. FLUME, *op. cit.*, par. 18,5 ; *N.J.W.*, 1973, 1646).

20. — Le droit allemand nous réserve une autre particularité qui a parfois été invoquée en la matière. Les gratifiés ont tentés d'échapper à la nullité de la libéralité en invoquant le caractère abstrait de l'acte de disposition. A cet égard il convient de rappeler brièvement la distinction faite par les juristes allemands entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition doublé du principe de l'abstraction. C'est dans le contexte de la vente que l'on peut le mieux appréhender ces principes. L'acte créateur d'obligations fait naître à charge du vendeur l'obligation de transférer la propriété et de délivrer la chose, à charge de l'acheteur celle de payer le prix (C. WITZ, *op. cit.*, n° 122, p. 118). « L'acte de disposition est celui par lequel un droit est directement transféré, grevé, modifié ou résilié » (C. WITZ, *idem*). C'est le cas du transfert de propriété. L'acte créateur d'obligations est causé, non pas au sens où l'entendent les droits belge et français, c'est à dire comme élément de formation de l'acte, mais comme caractéristique du contenu de celui-ci. Il s'agit d'une conception purement objective qui se résume, dans les actes créateurs d'obligations à titre gratuit, à se référer à « la volonté d'accomplir un acte à titre gratuit » (C. WITZ, *op. cit.*, n° 130, p. 123).

L'acte de disposition, quant à lui, est abstrait de sa cause en ce sens qu'il est détaché de la cause qui se trouve dans l'acte créateur d'obligations. Il en résulte que la nullité de l'acte créateur d'obligations ne rejaillit pas sur l'acte de disposition (C. WITZ, *op. cit.*, n° 131, p. 123). Ces quelques développements permettent de mieux comprendre ce qui suit. Les actes que la doctrine allemande nomme les « actes d'attribution » (Zuwendungsgeschäfte) à savoir ceux par lesquels une personne procure à une autre un avantage patrimonial (Vermögensvorteil) sont des actes abstraits. On se rend tout de

suite compte de l'intérêt que représente cette abstraction dans le domaine des donations illicites.

Dans une décision du 25 juin 1925 le Reichsgericht décide ainsi que la donation d'une terre par un homme marié à sa maîtresse n'encourt aucun reproche et qu'il n'existe pas d'action en restitution fondée sur la contrariété aux bonnes mœurs (Le texte invoqué est le § 817 BGB au terme duquel « Si le but d'une prestation a été précisé de telle manière que son bénéficiaire, en l'acceptant, ait contrevenu soit à une interdiction légale, soit aux bonnes mœurs, ce bénéficiaire est tenu à restitution. La restitution est exclue lorsque une telle contravention incombe de la même façon à l'exécutant, à moins que la prestation n'ait consisté à contracter une obligation ; ce qui a été fourni dans l'exécution d'une pareille obligation ne peut être réclamé en restitution »). Dans la mesure où la contrariété aux bonnes mœurs résultait du fait que la libéralité était réalisée à l'occasion des relations contraires au mariage et voulue en raison de ces relations, elle ne pouvait entraîner la nullité du mariage. L'épouse obtint néanmoins gain de cause sur le fondement du § 826 BGB au terme duquel « Celui qui agissant intentionnellement et contrairement aux bonnes mœurs cause un préjudice à autrui, est obligé envers celui-ci à la réparation du dommage ». L'attribution, l'objet de la donation était en même temps soustrait à l'épouse du donateur. Dans cette mesure, la modification de l'appartenance de la terre était contraire aux bonnes mœurs et en conséquence nul au sens du par. 138 BGB (W. FLUME, *op. cit.*, par. 18.8, p. 386). A l'heure actuelle, les auteurs condamnent ce détour par le par. 826 du BGB.

21. — De même, en droit anglo-saxon, un contrat est contraire à la « public policy » lorsque son objet consiste à promouvoir l'immoralité. Ce terme concerne principalement les relations sexuelles hors mariage. A l'origine la règle de common law énonçait que tout contrat qui avait pour but de promouvoir ce genre de relations était « illegal ». Mais dès 1941 on voit la Chancery division de la High Court approuver le leg d'une petite fortune à la maîtresse d'un homme qui vivait séparé de sa femme depuis cinq ans (Re Joslin [1941] Ch. 201 ; Re E. [1966] *1 W.L.R.* 709 ; Re Thornley [1969] *1 W.L.R.*

1037). Désormais, ne sont immoraux que les seuls contrats qui ont pour but de rémunérer des relations sexuelles (G.H. TREITEL, *An outline of the Law of Contract,* Butterworths, London, 1989, p. 158). Un engagement (scellé ou soutenu par une « consideration ») pris en raison d'une cohabitation illicite antérieure est valable (per Lord Selborne L.C., Ayerst v. Jenkins (1873) *L.R. 16* Eq. 275). De même une obligation prise en raison d'une telle contrepartie (« consideration ») n'est pas inexécutable du seul fait que les relations illicites se poursuivent postérieurement (Hall v. Palmer, (1844) *3 Hare* 532), ni que les parties ont envisagé une telle continuation, pour autant que leur intention ne fasse pas partie de la « consideration » de l'obligation (CHITTY on *Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1989, vol. 1, par. 1183).

A l'heure actuelle on ne plaide quasi plus l'illicéité dans ce genre d'affaires. Dans Tanner v. Tanner un homme marié s'était engagé à procurer à sa maîtresse et les jumeaux qu'il avait eu d'elle, une maison. Plus tard cet homme chercha à expulser la maîtresse en question. La juridiction saisie de l'affaire décida qu'il existait, entre les parties, un contrat implicite permettant à la maîtresse de vivre dans l'immeuble, et que la « consideration » qu'elle a fournie réside dans le fait qu'elle a abandonné un appartement à loyer contrôlé (Tanner v. Tanner [1975] *1 W.L.R.*, 1346 ; CHITTY, *op. cit.*, 1183).

Ajoutons que le « Inheritance Act » (Provision for Family and Dependants) de 1975 permet, en l'absence de testament, d'accorder à toute personne à la charge totale ou partielle du défunt, une part raisonnable de la succession en compensation de la perte de l'entretien. Lorsque la succession n'est pas suffisante pour faire face à l'ensemble des obligations du défunt, les juges disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour peser les intérêts en présence, qu'il s'agisse de ceux de la veuve ou de ceux de la compagne de « common law » (PARRY and CLARK, *The Law of Succession, London, Sweet & Maxwell, 1988, p. 112).*

22. — En droit américain également, les libéralités fondées sur le concubinage ne sont pas nécessairement nulles. La jurisprudence se montre toutefois plus sévère pour les donations que pour les testaments. Les engagements pris en vue de, en

contrepartie de, ou qui se réfèrent à une cohabitation future ou présente illicite sont nuls pour contrariété à l'ordre public (*17 C.J.S.*, Contracts, par. 266). Les engagements qui ont pour fondement une cohabitation illicite antérieure font l'objet de beaucoup de discussions. Certaines décisions annulent l'engagement en raison de sa contrariété à l'ordre public. D'autres l'annulent en raison de l'absence d'une « consideration » valable, les relations illicites passées ne sont en effet pas une « consideration ». Le troisième groupe de décisions valide ces engagement dans la mesure où ils ont pour but de réparer ou d'indemniser le dommage causé (*17 C.J.S.*, par. 266, b).

La jurisprudence se montre beaucoup plus généreuse en ce qui concerne les testaments. Une disposition testamentaire en faveur d'une maîtresse ou concubine n'est pas nulle en soi. Il n'en serait autrement que si les héritiers prouvent que la volonté du testateur était affectée par la « undue influence » du bénéficiaire (*C.J.S.*, v° Wills, par. 230 et s.).

23. — On peut conclure de ce qui précède que la notion d'ordre public sensu lato et plus particulièrement celle des bonnes mœurs est le reflet des valeurs morales d'une époque et peut se modifier au gré de ces valeurs. En matière de libéralités entre concubins cette évolution est manifeste dans tous les droits envisagés et on peut résumer la tendance générale actuelle en considérant que seules sont illicites les libéralités qui ont pour but de rémunérer les rapports immoraux.

Cette évolution de la notion d'ordre public a posé un problème particulier en droit anglais. Liés par la règle du précédent, les tribunaux se sont demandés s'ils pouvaient sanctionner au nom de l'ordre public des situations qui n'avaient pas été sanctionnées antérieurement. En 1902 Lord Halsbury pensait que les tribunaux ne pouvaient pas inventer des « new heads of public policy » (Janson v. Driefontein Consolidated Mines Ltd. [1902] *A.C.*, 484, 491). Plus récemment cette approche a été assouplie et l'attitude des tribunaux traduit le souci d'un compromis entre la flexibilité inhérente à la notion de « public policy » et la nécessité de maintenir la sécurité dans le monde des affaires.

V. — L'ordre public a un contenu variable selon les pays

24. — De Page pensait que l'ordre public ne concerne pas les intérêts privés. Si de nombreuses lois utilisent la sanction de la nullité, il ne faut pas en déduire qu'elles sont nécessairement d'ordre public. « Ce ne sont incontestablement pas des lois d'ordre public, car, d'une part, elles n'ont pour but que de protéger des intérêts privés, et, d'autre part, la raison des dispositions imposées, « nonobstant toutes clauses contraires » paraît être surtout, à l'analyse, la nécessité de mieux protéger la volonté d'un des contractants se trouvant dans une situation d'infériorité économique ou sociale vis-à-vis de l'autre, ou, le cas échéant, des deux contractants » (De Page, *Traité, op. cit.*, n° 91*bis*, B, p. 119).

De Page pensait d'ailleurs que c'est le principe consacré par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 décembre 1948 (*Pas.*, 1948, I, 699). Cependant la Cour de cassation utilise dans cet arrêt la notion d'ordre public « proprement dit » ce qui a permis à P. De Harven de suggérer que la Cour serait d'avis qu'il existe une gradation de l'ordre public. « ... Tout comme la doctrine a opéré parmi les lois, considérées du point de vue de leur caractère obligatoire, une distinction entre les lois supplétives de la volonté des particuliers, et les lois impératives, la Cour opère, parmi ces dernières, une distinction entre celles qui sont d'ordre public à un degré maximum, et celles qui ne le sont qu'à un degré atténué » (De Harven, *R.C.J.B.*, 1954, p. 265). La nullité qui frappe les secondes est relative et peut être confirmée.

25. — Les auteurs français se sont également demandés s'il fallait maintenir la distinction entre les lois d'ordre public et les lois impératives (Carbonnier, *Obligations*, n^{os} 632 et 635 ; J. Hauser, *Encycl. Dalloz*, v° Ordre Public et Bonnes mœurs, n° 9). Il est, selon Ghestin, parfois difficile de faire la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt particulier qui fonde cette distinction et « il semble donc — écrit prudemment Ghestin — préférable d'admettre que l'ordre public englobe toute les lois impératives, sans essayer de distinguer entre celles-ci à partir d'une notion d'ordre public trop incertaine et

trop diversifiée pour fonder une distinction rigoureuse » (GHESTIN, *op. cit.*, n° 97, p. 90).

26. — Le droit allemand connaît une distinction semblable au travers des § 134 et 135 du BGB. Le premier concerne les lois d'interdiction et rend nul tout acte juridique conclu en infraction de celles-ci (lex perfecta ; à côté de la nullité le droit allemand accepte également la sanction de la correction (lex imperfecta)). Le second concerne les lois de protection relative. Le par. 135 du BGB rend inopposables aux personnes protégées les actes de disposition dont l'objet contrevient à une interdiction légale dont le seul but est de protéger certaines personnes déterminées. La doctrine enseigne que la notion de disposition doit être entendue dans un sens large et concerne non seulement les interdictions d'aliéner mais d'une manière plus générale celles de disposer (W. FLUME, *op. cit.*, par. 17,3,6). Les auteurs ne font cependant pas de distinction entre ces deux textes qui relèvent tous deux des bonnes mœurs.

Ce genre de problème ne semble pas préoccuper les juristes anglo-saxons.

27. — Au cours de nos recherches nous avons été frappés par le fait que le droit allemand incluait la notion de lésion qualifiée dans celle de bonnes mœurs et notre propos est de voir dans qu'elle mesure d'autres droits ont inclus la protection des intérêts privés dans l'ordre public sensu lato, en particulier au travers de la notion de lésion qualifiée.

Lorsque nous envisageons la lésion en droit belge, nous pensons aux vices de consentement plutôt qu'à l'ordre public. La lésion est, en effet, traditionnellement étudiée dans le cadre des vices de consentement (DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1962, t. I^er^, n^os^ 66 et s. ; « Le problème de la lésion dans les contrats », in *Actualités sociales*, Bruxelles, 1946). Toutefois, lorsque A. DE BERSAQUES cherchait à justifier la nullité de prestations hors de toute proportion avec celles du cocontractant qui a exploité la faiblesse, l'inexpérience, l'ignorance ou le besoin de l'autre partie, c'est par référence à la cause illicite (Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie ? *R.C.J.B.*, 1954, 190,

note sous comm. Anvers, 12 janvier 1953). C'est également ce fondement qui a été invoqué devant la Cour de cassation, sans toutefois avoir fait l'objet d'une décision de principe (Cass., 3 février 1898, *Pas.*, 1898, I, 79 ; Cass., 21 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 92). Mais dans des notes postérieures, ce même auteur dénonce les controverses qui entourent la théorie de la cause illicite et se prononce en faveur du fondement de la « culpa in contrahendo » (DE BERSAQUES, « La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant », note sous Cons. prudh. app. Bruges, 29 mars 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 183 ; « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous comm. Bruxelles, 20 février 1970, *R.C.J.B.*, 1977, p. 10 : dans cette note l'auteur énumère 4 points de controverses :

« 1° Les moyens employés pour réaliser un profit aussi considérable qu'injuste peuvent-ils être considérés comme formant la cause de l'obligation de l'auteur de la lésion qualifiée, fondement nécessaire pour l'application des articles 1131 et 1133 du Code civil ?

2° L'application de ces dispositions légales exige-t-elle ou non la connaissance dans le chef des deux parties, dès la formation du contrat, du but illicite poursuivi par l'une d'entre elles ou même de l'intention de coopérer à cette fin ?

3° La nullité absolue, conséquence de la cause illicite, est-elle une sanction logique, équitable et satisfaisante de la lésion qualifiée ?

4° Cette nullité n'est-elle pas susceptible de léser les intérêts des tiers de bonne foi ? » (En faveur de la « culpa in contrahendo » voy. Anvers, 21 janvier 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 1488, note D. DELI).

28. — Dans sa thèse consacrée à la lésion qualifiée, W. DE BONDT pense également que le fondement de la cause illicite ne convient pas dans la mesure où celle-ci vise à protéger l'intérêt général et non l'intérêt des contractants. La nullité absolue qui en est la conséquence n'est pas une sanction adéquate dans le contexte de la protection des intérêts privés (W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer 1985, pp. 142 et s.). Le rejet du fondement de la cause illicite est à son tour critiqué par L. CORNELIS qui rappelle, à

juste titre, que d'autres vices de consentement, comme le dol ne sont également sanctionnés que par la nullité relative, même si le fondement de cette nullité réside dans l'adage « fraus omnia corrumpit » (L. CORNELIS, *R.W.*, 1988-1989, p. 1381).

Signalons, enfin, que le fondement de la « culpa in contrahendo » à également fait l'objet de critiques. Celui-ci, dit-on, est trop vaste en ce sens que le critère de la faute est trop général. La théorie de la lésion qualifiée se fonde selon DE BONDT, sur l'abus qui ne correspond pas de manière évidente (kennelijk) à l'attitude du bon père de famille. Cette attitude n'est pas synonyme de faute. La théorie de la « culpa in contrahendo » ne fait pas non plus apparaître l'interférence particulière qu'il y a entre les notions de dommage (benadeling) et d' abus (misbruik). Elle ne permet donc pas, selon DE BONDT, l'évaluation particulière des conditions d'application de la lésion qualifiée (*op. cit.*, pp. 153 et s.). Cet auteur propose en définitive le fondement de l'abus de droit.

29. — Le droit allemand paraît limpide face aux difficultés rencontrées en droit belge. Le § 138-2 du BGB précise, dans sa rédaction initiale que « est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne — en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui — se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contre-partie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation à un point tel que — compte tenu des circonstances — ces avantages patrimoniaux sont disproportionnés avec la prestation d'une manière choquante ». Il ne fait aucun doute que c'est bien la notion de bonnes mœurs qui est en cause. Mais on se demande qui peut invoquer cette nullité. Selon une opinion majoritaire, la nullité n'affecte que l'engagement excessif.

La lésion requiert, au sens du § 138-2, un élément objectif de disproportion et un aspect subjectif et ne concerne que les contrats synallagmatiques.

En ce qui concerne les conditions objectives de la lésion, elles sont au nombre de deux.

1) Il faut que la comparaison des obligations en présence fasse apparaître un déséquilibre évident (« auffälliges Missverhältniss »). Ce déséquilibre est apprécié objectivement sur la base des circonstances.

2) Il faut aussi « exploiter une situation de nécessité, d'inexpérience, d'absence de capacité de décision et de position d'infériorité considérable » (« Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen » ; le par. 138-2 a été ainsi modifié par la loi du 29 juin 1976 de manière à aligner le BGB sur la nouvelle qualification pénale du délit d'usure [Wucher]).

On discute quant au fait de savoir si l'état de nécessité doit être économique. Celui-ci ne doit pas nécessairement être présent dans le chef du préjudicié, en règle il suffit que la victime de l'usure signe volontairement le contrat pour faire face à l'état de nécessité d'autrui. En ce qui concerne l'incompétence, l'absence grossière de compétence des affaires dans un domaine déterminé ne suffit pas, il faut prouver le manque d'expérience et de connaissance des affaires (W. FLUME, *op. cit.*, par. 18.7, p. 381).

30. — La lésion nécessite également un élément subjectif. Il s'agit de l'utilisation consciente de l'état de nécessité, de la légèreté d'esprit et de l'inexpérience. Si l'élément subjectif fait défaut alors il convient de se référer au par. 138-1 du BGB pour voir si l'acte n'est pas contraire aux bonnes mœurs et dès lors nul (W. FLUME, *op. cit.*, par. 18.7, p. 382).

Le problème particulier de la sanction a suscité quelques difficultés. Le par. 138-2 énonce la nullité de l'acte usuraire. La portée de cette nullité est toutefois controversée. Il ne fait pas de doute que l'acte créateur d'obligations est nul (« schuldrechtliche Geschäft »). De même le texte rend nul tout engagement envers le prêteur usuraire. Ce qui est controversé, c'est de savoir si l'engagement de l'usuraire envers la victime est également nul. Selon l'opinion dominante un tel engagement est valable et le prêteur peut en demander la restitution à la fin du prêt.

31. — Aux Pays-Bas le législateur a introduit une nouvelle disposition relative à la lésion qualifiée. Aux termes de l'article 44-4 du livre 3 du N.B.W. (3.2.10 par.4) « Il y a abus de circonstances lorsqu'une personne, qui sait ou doit comprendre qu'une autre personne est poussée à poser un acte juridique en raison de conditions particulières, comme l'état de nécessité, de dépendance, de légèreté, de condition mentale anormale ou d'inexpérience, encourage la réalisation de l'acte, alors que ce qu'elle sait ou doit comprendre devrait l'en empêcher » (« Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestetoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden »). Ce texte ne contient qu'une énumération exemplative. En outre il ne retient pas comme condition « *sine qua non* » la nécessité d'un dommage (W. De Bondt, *op. cit.*, p. 76).

32. — Ce qui peut paraître curieux c'est que le fondement retenu dans le N.B.W. est celui du vice de consentement alors qu' antérieurement la jurisprudence avait principalement utilisé celui des bonnes mœurs et exceptionnellement celui de la bonne foi (J. Nagelkerke, « De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U. arrest », *W.P.N.R.*, 1974, 858). Dans son célèbre arrêt Bovag, le Hoge Raad admet le principe qu'une clause qui met à charge du propriétaire d'un véhicule les accidents causés par le véhicule alors qu'il est confié à un garagiste, peut avoir une cause illicite en raison des influences particulières qui se sont manifestées lors de la conclusion du contrat, en particulier lorsque la victime a accepté la charge disproportionnée sous la pression des circonstances, dont le cocontractant à abusé (H.R., 11 janvier 1957, *N.J.*, 1959, p. 113 et les conclusions de l'avocat général Mr. Langemeijer et note H.B. Bergstein ; Dans le cas présent le H.R. n'a toutefois pas entériné la décision contestée en raison de sa motivation insuffisante ; comp. Hof 's-Hertogen-

bosch 3 mars 1959, *N.J.*, 1959, 655 (Bovag II) qui considère que la clause n'est pas contraire aux bonnes mœurs ; *contra*, Hof s'-Hertogenbosch 8 décembre 1959, *N.J.*, 1961, 158). En revanche, dans la décision H.B.U. le Hoge Raad retient plutôt le fondement de la bonne foi pour juger de la valeur d'une clause exonératrice de responsabilité prévue par une banque au détriment d'un client auquel elle avait donné un mauvais avis de placement. La Cour précise que pour déterminer si une partie peut se prévaloir d'une telle clause il faut tenir compte de toutes les circonstances en présence, à savoir « de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest » (H.R., 19 mai 1967, *N.J.*, 1967, 261 ; A.Ae. XVI, 214).

33. — On peut se demander pourquoi le législateur hollandais n'a pas suivi la jurisprudence majoritaire fondée sur les bonnes mœurs. Les travaux préparatoires indiquent que le choix des vices de consentement a été dicté par le souci d'éviter la sanction de la nullité absolue qui s'attache à la contrariété aux bonnes mœurs. Ceci impliquerait que celui qui a abusé des circonstances pourrait également s'en prévaloir. De plus, le fondement des bonnes mœurs laisse, selon certains, trop de latitude aux juges qui pourraient fort bien décider que l'abus de circonstances n'a rien de contraire aux bonnes mœurs (*Parlementaire geschiedenis van het N.B.W.*, Boek 3, « Vermogensrecht in het algemeen », Kluwer, Deventer, 1981, p. 203,art. 3.2.10). Précisons que les auteurs du N.B.W. ont également prévu, à côté de la nullité, deux sanctions très souples : la première consiste à autoriser le bénéficiaire de la lésion a proposer une modification des conditions lésionnaires afin d'écarter de manière sensible le désavantage ; La seconde permet au juge de modifier les conséquences de l'acte juridique afin d'écarter le désavantage, pour autant qu'une des parties le demande (art. 45 du Livre 3).

34. — En droit anglais la lésion qualifiée est également liée au consentement. Elle est étudiée à propos des notions de « duress » et de « undue influence ». Il existe certains domaines contractuels bien établis où l'action d'equity (« equitable relief ») ne fait aucun doute, comme les clauses pénales, les clauses d'exonération de responsabilité ou encore en matière d'hypothèque (« mortgage »). Pour le surplus il n'y a pas de principe général en la matière (CHITTY, *op. cit.*, n° 537). Les auteurs signalent toutefois quelques cas de jurisprudence dans d'autres domaines en particulier en matière de sauvetage maritime ou lorsque l'on traite avec une personne pauvre et ignorante (Fry v. Lane, (1888) *40 Ch.D.* 312). Plus récemment dans Watkin v. Watson-Smith, le Juge Hirst énonce qu'on peut substituer aux termes pauvreté et ignorance ceux de « souhait d'une vente rapide » ou encore « vieil âge qui s'accompagne de diminution de la capacité physique et mentale » (Watkin v. Watson-Smith, *The Times*, july 3, 1986). Dans la décision Lloyds Bank Ltd v Bundy, Lord Denning M.R. pense que le principe sous-jacent est celui de l'inégalité du pouvoir de contracter (« inequality of bargaining power »). La règle de droit anglais est, selon lui, qu'il existe une action en faveur de celui qui s'est engagé, sans avis indépendant, dans des clauses contractuelles injustes, ou qui transfert un bien en échange d'un « consideration » grossièrement inadéquate, lorsque son pouvoir de discussion est fortement diminué en raison de ses propres besoins et désirs, ou par sa propre ignorance ou infirmité, le tout accompagné d'influences indésirables ou de pressions exercées sur lui par ou au profit de tiers (traduction libre de l'opinion de Lord Denning M.R. exprimée dans Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy [1975] *Q.B. 326*, 339 ; *All.E.R.*, 1974, III, 757 ; *W.L.R.*, 1974, 501) cité par CHITTY, *op. cit.*, n° 542 ; « The cases other than cases of fraud, misrepresentation or mistake, in which the courts will set aside a contract or transfer of property are based on a single principle which rest on inequality of bargaining power. By virtue of that principle, English law gives relief to one who, without independant advice, enters into a contract on terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate where his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or

infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him, not necessarily wrongfully, by or for the benefit of the other » (p. 763, c et d et p. 765, d et e) cette opinion n'a toutefois pas été suivie par les autres juges ; W. De Bondt, *op. cit.*, p. 81, note 31).

35. — Malgré cette ouverture le droit anglais est loin de la notion de « unconscionability » développée dans d'autres pays de common law et en particulier aux Etats-Unis. Cette notion fait l'objet du par. 2-302 du Uniform Commercial Code : « si le tribunal décide, qu'en droit, un contrat ou une clause contractuelle est inéquitable au moment de sa formation, il peut refuser de lui donner force exécutoire, ou il peut donner effet au contrat à l'exception de la clause inéquitable, ou il peut encore limiter l'effet d'une clause inéquitable afin d'éviter tout effet inéquitable » (« If the Court, as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result ». Le terme unconscionable est particulièrement difficile à traduire. M. De Bondt propose les termes de déraisonnable (« onredelijk ») ou sans conscience (« gewetenloos ») (W. De Bondt, *op. cit.*, p. 79, note 24 ; voy. aussi le Restatement 2d, Contracts, s. 234).

Dans un premier temps, les juristes américains ont fait la distinction entre la « procedural unconscionability » et la « substantive unconscionability » (A. Leff, « Unconscionability and the Code — the Emperor's New Clause », 115, *Un. Pennsylvania L.Rev.*, 485, 494 (1967) cité par Chitty, n° 541, note 10). On invoque la première de ces notions lorsque l'on peut déceler un élément d'oppression ou de faute au niveau de la formation du contrat. Ceci permet aux tribunaux d'utiliser les doctrines de « duress » et de « undue influence » comme illustrations d'un principe plus général selon lequel on ne peut tirer un avantage ou une surprise illégitime d'une autre partie. Des exemples de « procedural unconscionability » résultent du fait que le cocontractant est illettré, ne connaît pas la langue

anglaise, ou n'est pas à même de comprendre un document compliqué.

En revanche, « substantive unconscionability » concerne le fond de l'engagement. Il s'agit principalement d'écarter des clauses d'exonération excessives et des prix exorbitants. Selon un commentaire autorisé du U.C.C., ce sont principalement les consommateurs qui ont pu se prévaloir de cette disposition (White & Summers, Uniform Commercial Code, 2nd ed. 1980, p. 149 cité par CHITTY, *op. cit.*, n° 541, note 11). Les conditions qui doivent être réunies pour qu'il y ait unconsionability ne font pas l'unanimité. Un auteur propose les quatre critères suivants, non limitatifs : l'exploitation d'un état de nécessité (« distress »), l'incapacité de conclure un engagement éclairé (« transactional incapacity »), la persuasion inéquitable (« unfair persuasion ») et l'ignorance du prix (« price ignorance ») (M.A. EISENBERG, « The Bargain Principle and its Limits », *95 Harv. L. Rev.*, p. 741-801). Mais d'autres enseignent que la disproportion des engagements porte en soi la justification de la sanction. Il faut alors en rechercher le fondement dans l'idée que nul ne peut s'enrichir au dépends d'autrui (J. GORDLEY, « Equality in Exchange », *69 Cal. L. Rev.*, 1981, 1637).

36. — L'étude de la lésion qualifiée montre qu'il n'y a pas de solution uniforme en la matière. En raison d'un texte légal précis le droit allemand n'y voit rien d'autre qu'un aspect particulier des bonnes mœurs. Mais en l'absence d'un tel texte la solution est plus nuancée, et sort généralement du contexte de l'ordre public. Les uns proposent d'y voir un vice de consentement, les autres se raccrochent à une notion plus générale comme la contrariété à l'équité (U.S.A.) ou aux bonnes mœurs (droit belge).

Il n'est pas certain qu'il faille y déceler une réticence à étendre la notion d'ordre public à la protection des intérêts privés, comme nous le verrons ci-dessous, mais il est vrai que tant que la seule sanction qui l'accompagne est la nullité absolue, elle convient mal à la protection de ces intérêts. Pour cette raison il paraît difficile d'uniformiser les solutions dégagées en droit comparé en matière de lésion qualifiée.

VI. — L'ORDRE PUBLIC EST UNE NOTION PROTÉIFORME ET ENVAHISSANTE

37. — De nombreux développements ont été consacrés à l'ordre public économique (RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges F. Geny*, 1934, t. II, p. 347 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Themis, t. 4, par. 32 et s. ; Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Matot-Braine, Reims, 1953, pp. 55 et s. ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, pp. 118 et s. ; G. COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, Etudes Flour, p. 95).

L'ordre public économique et social prend essentiellement en compte l'échange des biens et des services. Il peut présenter tantôt un aspect de direction, tantôt un aspect de protection. A cet égard il faut noter que l'intervention de l'Etat est passée de la doctrine libérale du laisser-faire, à une intervention croissante en faveur de la protection de certaines catégories particulières défavorisées et plus récemment en faveur de l'organisation de la production et de la distribution (GHESTIN, *op. cit.*, n° 114, p. 107).

C'est cet aspect de protection qui retiendra notre attention principalement dans les droits anglo-saxons qui consacrent de nombreux développements à ce sujet.

Selon Malaurie le juge anglais refuse d'établir un ordre juridique économique en l'absence d'une loi en ce sens. En 1913 le juge Parker précisait : « Je ne connais pas d'arrêt dans lequel un « restraint of trade » estimé raisonnable quant aux intérêts des parties a été jugé nul par la Chambre des Lords, sous prétexte qu'il serait contraire aux intérêts du public » (A.G. of Australia v. Adelaïde Steamship Co. (1913) *A.C.*, 394). Il existe toutefois un domaine ou les juges anglais ont largement crée le droit, il s'agit des contrats qui vont à l'encontre de la liberté du commerce (« contracts in restraint of trade ») et plus précisément des contrats dans lesquels une des parties accepte de limiter pour l'avenir son droit de poursuivre un certain commerce, une affaire ou une profession de la manière et avec qui il veut (CHESHIRE, FIFOOT and FURMSTON's *Law of Contract*, London, Butterwoths, 1986, p. 380).

Un tel contrat est prima facie nul, à moins de rapporter la preuve que la limitation peut être considérée, en raison des circonstances, comme étant raisonnable tant au regard des parties que de la communauté. Sont particulièrement visés les contrats d'emploi et de cession de fonds de commerce.

38. — La doctrine de « restraint of trade » est fondée sur la notion d'ordre public et son contenu a été fortement influencé par l'évolution des idées sur ce qui est souhaitable dans l'intérêt public (CHESHIRE, FIFOOT and FURMSTON, *op. cit.* p. 380).

De l'interdiction totale de telles clauses la jurisprudence est passée à la validité « prima facie » de clauses n'imposant qu'une limitation partielle. Elle a ensuite, en ce qui concerne les clauses de limitation totale, admis la preuve contraire fondée sur le fait que la clause était raisonnable. Elle a également opéré une distinction entre les contrats d'emploi et les cessions de fonds de commerce en traitant plus sévèrement les clauses limitatives dans les premiers que dans les seconds (sur l'évolution de cette jurisprudence voy. (CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTON, *op. cit.*, pp. 381 et s.). On considère à l'heure actuelle que toute clause contenue dans un contrat d'emploi et qui limite directement ou indirectement la liberté de l'employé de faire la concurrence à l'employeur est nulle et sans effet, n'étant pas dans l'intérêt public, à moins que la clause ne soit raisonnable et n'aille pas au delà de ce qui est nécessaire pour protéger l'intérêt commercial légitime de l'employeur (*Encyclopedia of employment Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, 1.5203 ; Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Co Ltd. [1894] *A.C.*, 535 ; Herbert Morris Ltd. v. Saxelby (1916) *1 A.C.*, 688).

L'affaire Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd. est importante à plus d'un titre ([1968] *A.C.*, 269, (1967) *1 All. E.R.* 699). Dans cette affaire les Lords mettent l'accent sur l'importance qu'il y a de bien sérier les problèmes. Il faut tout d'abord se demander si le contrat soumis est à ce point restrictif de la liberté de commerce de celui qui s'engage qu'il faut le considérer comme nul prima facie. Ce n'est que dans l'affirmative que se pose la seconde question, celle de savoir si la clause restrictive est raisonnable. Ces tests ne sont pas limités aux contrats d'emploi ou de cession de

fonds de commerce. Dans l'affaire Esso, il s'agissait de contrats d'approvisionnement exclusif de deux garages, l'un pour quatre ans et demi, l'autre pour vingt et un ans. Le premier engagement fut maintenu, le second annulé en raison de sa durée excessive.

39. — Il importe aussi de noter que le test de la clause raisonnable doit s'apprécier par rapport à l'intérêt de la communauté en général et non par rapport à l'intérêt des parties au contrat. Trois des Lords dans l'affaire Esso condamnèrent un certain laxisme dans la jurisprudence à cet égard. De plus il faut se placer au moment de la formation du contrat pour juger du but poursuivi par les parties contractantes (Home Counties Dairies Ltd. v. Skilton [1970] *1 All. E.R.*, 1227, [1970] *W.L.R.*, 526).

Les auteurs ne manquent pas de mettre en évidence les faiblesses du système de common law. Bien que la règle impose de se référer à l'intérêt public, en pratique presque toutes les affaires sont jugées en fonction de ce qui est raisonnable entre les parties contractantes. De plus, seules les parties ont le droit d'invoquer la règle du « restraint of trade ». Ce sont les raisons pour lesquelles le législateur est intervenu en 1948 par le « Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act » créant la « Monopolies and Restrictive Practise Commission ». En 1956 la compétence relative aux pratiques restrictives a été transférée à la « Restictive Practices Court ». Celle-ci a pour tâche de déterminer si les clauses restrictives sont contraires « to the public interest ». Ces clauses lui sont soumises par le « Director General of Fair Trading ». Toute clause restrictive qui correspond à la définition légale est présumée contraire à l'intérêt public et la preuve contraire est particulièrement lourde (CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTONE, *op. cit.* p. 399). Cette législation a pour conséquence que la règle de common law ne concerne en pratique plus que les clauses qui ne doivent pas être enregistrées. Toutefois il convient de noter que le test légal de l'intérêt public n'est pas le même que celui de la « public policy » de common law (*idem*, p. 400).

40. — En droit américain ce sont les mêmes principes qui ont été développés (*17 C.J.S.*, § 247). Le § 186 du Restatement 2nd (on Contract) dispose :

1) « qu'un engagement qui limite le commerce d'une manière déraisonnable ne peut être exécuté ;

2) un engagement limite le commerce lorsqu'il limite la concurrence dans n'importe quel commerce ou lorsqu'il comporte pour le promettant une limitation de l'exercice d'une activité lucrative » (§ 186, Promise in Restraint of Trade : (1) « A promise is unenforceable on grounds of public policy if it is unreasonably in restraint of trade. (2) A promise is in restraint of trade if its performance would limit competition in any business or restrict the promisor in the exercise of a gainful occupation »).

Les §§ 187 et 188 opèrent une distinction entre les clauses qui sont l'accessoire d'un contrat principal et les autres. Les premières ne sont nulles que si elles sont déraisonnables. Les secondes sont toujours déraisonnables.

Sont déraisonnables (a) les limitations qui vont au delà de ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts légitimes du bénéficiaire (b) l'intérêt que retire le bénéficiaire de l'engagement est hors de proportion avec le poids (hardship) qui repose sur celui qui s'engage et le dommage potentiel au public (en ce sens voy. House of Vision, Inc., v. Hiyana, Sup. Ct. III, J.H. JACKSON and L.C. BOLLINGER, *Contract Law, Cases and Materials*, West Publishing C°, 1980, p. 885).

De même qu'en droit anglais de nombreux secteurs de cette matière sont actuellement régis par la législation, que celle-ci soit étatique ou fédérale.

41. — Le droit français connaît des principes semblables. Une convention qui aurait pour but d'interdire à une personne l'exercice d'une activité commerciale moyennant rémunération irait à l'encontre de la liberté du commerce (Loi des 2-17 mars 1791, art.7 dispose « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon »). On considère d'ailleurs que le vendeur d'un fonds de commerce a une obligation légale de garantie envers l'acquéreur. Le contenu de cette garantie est cependant mal défini

et les parties prévoient en conséquence souvent une garantie conventionnelle sous forme d'obligation de non-concurrence (RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Paris, L.G.D.J., 1991, n^{os} 473 et s. ; Y. SERRA, *L'obligation de non-concurrence*, Paris, Sirey, *B.D.C.*, t. 23, p. 9, n° 13). Les critères de validité de telles clauses ont été dégagés par la jurisprudence qui cherche un compromis entre la liberté contractuelle et la liberté du commerce. La clause de non-concurrence est déclarée valable pour autant qu'elle remplisse deux conditions : elle doit être limitée quant à son objet (Cass., 21 janvier 1975, *Bull. cass.*, 1975, 4, n° 20) et elle doit être limitée dans le temps ou dans l'espace (Cass. civ. 26 mars 1928, *D.*, 1930, *D.*, 145 note PIC ; Cass. com. 19 mai 1987, *D.*, somm. comm., 1988, 177, obs. SERRA).

Les clauses de non-concurrence sont traitées avec plus de sévérité en matière de contrat d'emploi. « Ces stipulations ne sont validées que si elles n'empêchent pas pratiquement le salarié de continuer à développer normalement son expérience professionnelle, en fonction de sa qualification » (RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 352 et les réf. citées ; Cass. soc. 10 janvier 1985, *D.*, 1985, I.R., 476, obs. Y. SERRA ; Cass. Soc. 9 juillet, 1985, *D.*, 1986, I.R., 341, obs. Y. SERRA ; G.H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, t. I^{er}, Dalloz, 1982, n^{os} 223 et s. et compl. 1988 ; il convient également de tenir compte de l'influence des conventions collectives en la matière).

42. — Le droit allemand va dans le même sens. Les clauses de non — concurrence sont licites dans la mesure où elles sont en concordance avec le but poursuivi (Dr. Jur. O-F. Friedrich Frhr. v. Gamm, Heymans verlag, Köln, 1987, p. 606). De telles clauses pourraient être annulées sur le fondement du par. 138 BGB lorsque les limites de lieu, de temps ou d'obligations dépassent la mesure raisonnable (*idem*, p. 606, citant BGHZ, 91,1,6 ; P. GIESEKE, *Der Rechtsbegriff des Unternehmers und seine folgen in Beiträge zum Handels und Wirtschaftsrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1950, p. 612 ; SOERGEL-SIEBERT, *Bürgeliches Gesetzbuch*, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1986, par. 433-136).

43. — La jurisprudence examinée en la matière et en particulier celle des pays de common law peut être considérée comme la première étape de l'ordre public économique et social de protection. A l'heure actuelle le législateur a largement pris la relève dans tous les pays étudiés. Le but avoué n'est cette fois plus la protection de la liberté du commerce en général mais la protection du contractant économiquement faible. Les législations relatives à la protection du consommateur en sont l'exemple le plus patent. Cette analyse montre que dans certains droits que les intérêts privés ne sont donc pas nécessairement exclus de la notion d'ordre public sous son aspect ordre public économique et social de protection (CARBONNIER, *op. cit.*, p. 119, n° 53 ; G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », Etudes Flour, *Rép. not. Defrénois*, 1979, p. 95).

VII. — CONCLUSION

44. — Ces quelques données de droit comparé montrent la très grande diversité de la notion d'ordre public. Notre étude s'est limitée au droit privé tout en approfondissant certains aspects de celui-ci et laisse de ce fait dans l'ombre de nombreux autres domaines.

Les exemples choisis ont permis de mettre en lumière trois caractéristiques de l'ordre public, c'est une notion en constante évolution, son contenu peut différer d'un droit à un autre et enfin, elle est susceptible de prendre en compte non seulement les intérêts essentiels de l'Etat et de la collectivité mais aussi les intérêts qui s'attachent à l'individu.

L'exemple tiré des donations entre concubins illustre parfaitement l'idée que l'ordre public évolue sous l'influence des conceptions éthiques ou morales d'une époque et on peut penser que cette évolution se produit non seulement dans le temps, mais aussi dans l'espace.

L'analyse de la lésion qualifiée nous a permis de montrer que si elle est bien ancrée dans des pays comme l'Allemagne et fait partie intégrante des bonnes moeurs, d'autres pays révèlent un malaise lié à la portée et aux effets de la nullité absolue qui sanctionne toute contravention à l'ordre public.

En France, en Belgique et plus récemment aux Pays-Bas l'idée que la nullité absolue pourrait être invoquée pour sanctionner des intérêts privés constitue l'obstacle majeur à une telle solution.

Enfin, l'analyse de l'invasion des secteurs économique et social par des règles protectionnistes permet de penser que l'ordre public est susceptible de gradations. Les dispositions légales dans ces domaines ont bien sûr pour but de favoriser une certaine politique économique et sociale, mais les discussions relatives à cet aspect de l'ordre public en droit anglo-saxon font apparaître la difficulté qu'il y a de maintenir un cloisonnement entre les intérêts publics et les intérêts privés. La politique suivie à l'heure actuelle est souvent une politique de protection de l'économiquement faible et se confond alors avec la protection de l'intérêt privé.

Anne Meinertzhagen-Limpens,
Maître de conférences
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocate

L'ORDRE PUBLIC ET LES LOIS PROHIBITIVES ÉTRANGÈRES

PAR

Marc EKELMANS

CHERCHEUR AU CENTRE DE DROIT PRIVÉ
ET DE DROIT ÉCONOMIQUE

I. — Introduction

1. — L'ordre public au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code Civil peut être l'instrument permettant d'apprécier l'incidence de la violation de la loi étrangère sur la validité d'un acte juridique.

Cette fonction originale de l'ordre public apparaît dans l'hypothèse suivante : un acte juridique international, le plus souvent un contrat, soumis à la loi belge (*lex contractus*), a pour objet ou pour cause la violation d'une règle de droit étrangère. Cette règle de droit étranger est de nature prohibitive : elle interdit une activité telle que le transfert de devises, l'exportation ou l'importation de marchandises, l'exportation de biens culturels ou plus généralement le commerce avec tel ou tel pays (embargo). Cette règle est de droit public car elle prévoit soit une interdiction sanctionnée pénalement, soit un système d'autorisation administrative (licences). Elle se caractérise enfin par le fait que le législateur qui l'édicte ne règle pas les conséquences de sa violation dans le domaine des relations contractuelles : ce qui est visé par le législateur étranger, ce sont les actes matériels indépendamment de leur cadre juridique.

2. — L'hypothèse ainsi délimitée appelle trois observations. Il s'agit d'abord de savoir si cette hypothèse relève de la matière des conflits de lois ou du droit des obligations. Dès lors qu'il y a lieu de déterminer la compétence de la *lex contractus* à régler la question de la licéité de la cause ou de l'objet, l'hypothèse relève du droit international privé. Il n'y a toutefois pas de conflits de lois dans le sens où il conviendrait de délimiter les rôles respectifs de la *lex contractus* et de la loi étrangère violée. Dans l'approche classique de ce problème, ainsi que le souligne M. Van Hecke, le problème posé reçoit sa solution dans le seul cadre de la *lex contractus* (1). Ceci explique que les civilistes abordent également cette hypo-

(1) G. Van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2e éd., p. 120.

thèse (2). M. Rigaux souligne à juste titre que la jurisprudence rendue concerne le plus souvent des hypothèses où la loi du contrat coïncide avec la loi du juge saisi (*lex fori*) (3).

3. — Ensuite, et il s'agit de la deuxième observation, l'hypothèse se pose davantage sur le terrain de la cause que de l'objet de l'acte juridique. L'objet de l'acte juridique, par exemple, l'objet du contrat de prêt conclu en vue de financer le transport illicite d'une œuvre d'art, est généralement licite. C'est sa cause, les mobiles déterminants de sa conclusion, qui sont illicites alors que l'objet se suffit à lui-même sans être influencé par la violation de la loi étrangère. En outre, le contrat est souvent préparatoire à la violation de la loi étrangère ou est accessoire à l'opération illicite selon la loi étrangère.

4. — Enfin, et il s'agit de la dernière observation, l'illicéité de la cause ou de l'objet résulte d'une contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. M. De Page, se fondant sur un courant doctrinal et jurisprudentiel très ferme, considérait qu'il s'agit davantage d'une atteinte aux bonnes mœurs qu'une atteinte à l'ordre public puisque la loi violée est une loi étrangère (4). Dans le même sens, M. Batiffol soulignait qu'on ne peut parler d'illicéité proprement dite puisque, par définition, la loi violée n'est pas applicable (5). On sait toutefois que la Cour de Cassation ne fait plus de distinction entre les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs (6).

(2) F. Laurent, *Principes de Droit Civil*, t. XVI, p. 183, n° 133 ; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil français*, par Esmein p. 655, n° 473 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I^er^, 2^e^ éd., n° 92 ; P. Van Ommeslaghe, « Chronique de droit des obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 465, n° 27 ; voy. également les auteurs cités à la note (13).

(3) F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, t. II, 2^e^ ed., n° 1303, p. 533 ; voy. également F. Rigaux, « observations sous Comm. Bruxelles », 19 avril 1968, *J.C.B.*, 1968, p. 777.

(4) H. De Page, *op. cit.*, t. I^er^, 2^e^ ed., n° 92. Dans le doctrine de De Page, la distinction entre les bonnes mœurs et l'ordre public était accompagnée de règles différentes (particulièrement en ce qui concerne l'application de l'adage « in pari causa turpitudinis cessat repetitio » et le caractère commun du mobile illicite) mais cette distinction n'est pas suivie par la jurisprudence citée à la note 6.

(5) H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 410. Voy. également en ce sens les réflexions incidentes de MM. Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e^ ed., n° 8, p. 13, note (2).

(6) Cass. 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 101, Cass. 8 décembre 1966, *Pas.*, 1967, I, 434.

5. — La présente étude comportera d'abord (II) une partie descriptive destinée à exposer la jurisprudence belge et la jurisprudence étrangère qui a été rendue à propos de l'hypothèse qui vient d'être délimitée. Il conviendra ensuite (III) d'analyser la notion de prise en considération de la loi étrangère au titre de l'ordre public de la loi du contrat. On verra également (IV) les éléments qui peuvent influencer l'étendue de la prise en considération des lois étrangères. Il y aura enfin lieu (V) de distinguer l'hypothèse d'autres notions et en particulier des lois de police étrangères. Les conclusions illustreront brièvement cette dernière distinction dans le cas de l'exportation illicite d'œuvres d'art (VI).

II. — Applications jurisprudentielles

— *Droit belge*

6. — La jurisprudence belge relative à la prise en considération des lois prohibitives étrangères au titre de l'ordre public ou des bonnes mœurs peut être classée en trois catégories selon le type de loi étrangère violée : la contrebande douanière, la contrebande de devises et la corruption des fonctionnaires étrangers. Il pourra s'agir d'une jurisprudence ancienne, les décisions publiées n'étant pas nombreuses.

7. — S'agissant de la contrebande douanière, un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 2 août 1905 (7) avait à statuer sur une demande en exécution forcée d'un contrat de transport fluvial de tabac introduit frauduleusement de Belgique en France sans que les droits de douane aient été acquittés dans ce dernier pays. Le tribunal a déclaré la demande irrecevable au motif que « le fait de conclure un contrat ayant pour but la contrebande à exercer en pays étranger doit être considéré comme ayant une cause immorale ». En effet, poursuit le tribunal, un acte doit être considéré comme immoral du moment où il tend à détourner à son profit ce qui est légitimement dû à un tiers en l'espèce des sommes qui reviennent légitimement au trésor étranger. Le tribunal

(7) Comm. Bruxelles, 2 août 1905, *Pand. Pér.*, 1906, p. 646 et *J.C.B.*, 1905, p. 434.

reconnaît ainsi le « droit légitime » de l'Etat étranger à imposer des droits d'entrée sur les marchandises importées. En outre, ajoute le Tribunal, la contrebande est de nature à léser gravement les intérêts des commerçants qui ont respecté toutes les obligations que leur imposent les lois et qui se voient faire une concurrence contre laquelle il leur est impossible de lutter. Ceci signifie que les intérêts des commerçants étrangers, puisque ce sont eux qui sont en l'espèce victimes de la contrebande, sont dignes de protection.

Ce jugement est conforme à la jurisprudence dominante rendue au siècle passé (8). Il convient toutefois de mentionner en sens contraire un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 30 janvier 1879 (9) qui considère que la contrebande à l'étranger constitue une « légitime représaille » et peut donc donner lieu à une action en justice.

Cet arrêt a invoqué l'enseignement de Larombière (10) qui prétendait que la contrebande à l'étranger est une cause licite du contrat, qu'elle n'est pas reprimée par le Code Civil et que nos mœurs l'approuvent. Il peut se revendiquer d'une très ancienne jurisprudence française illustrée par un arrêt du Parlement d'Aix du 30 juin 1759 critiqué déjà par Pothier (11) et longuement discuté par Laurent (12) qui l'a également condamné en soulignant que l'idéal du droit international privé est d'établir la communauté des droits entre les peuples et donc de ne pas donner la sanction de la puissance publique

(8) Bruxelles, 17 février 1886, *Pas.*, 1886, 11, 173 ; voy. également les décisions mentionnées par les Pandectes, *V° contrebande*.

(9) Liège, 30 janvier 1879, *Cl. et B*, t. 28, p. 253.

(10) LAROMBIÈRE, *Traité théorique et pratique des obligations*, t. I^er^, p. 146, sous l'article 1133 du Code Civil ; voy. également MASSE, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 3^e^ éd., t. I^er^, n° 568, p. 467 qui considère la contrebande internationale comme un « moyen commercial » parmi d'autres. Voy. également les auteurs cités par E. SILZ, note sous Colmar, 16 février 1937, *D.P.*, 1939, p. 26.

(11) POTHIER, *Traité d'assurances maritimes*, t. 5, n° 58, p. 286.

(12) F. LAURENT, *Droit Civil international*, t. VIII, p. 183, n° 120. Voy. également J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 6^e^ ed. belge, t. I^er^, n° 161, qui invoque le « droit naturel » et la « probité » à l'encontre du « commerce interlope ». Parmi les auteurs de droit commercial en ce sens voy. GUILLOUARD, *Traité des sociétés*, n° 54 ; Baudry Lacantinerie et Wahl, *Des sociétés*, n° 77 ; Lyon — Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4^e^ ed., t. 2, n° 70 ; Houpin, *Traité des sociétés*, 7^e^ ed., t. I^er^, n° 84, p. 116 ; Dans la doctrine de droit international privé, voy. Rollin, *Principes de droit international privé*, t. 3, n° 1294 ; Demangeat et Foelix, *Traité de droit international privé*, 4^e^ ed., t. I^er^, p. 236 ; Weiss, *Traité de droit international privé*, t. 4, p. 363.

au dommage que la fraude fait à la nation dont les lois de douane sont violées.

La jurisprudence est maintenant fermement fixée en ce sens depuis un arrêt, déjà ancien mais encore abondamment cité, de la Cour d'appel de Bruxelles du 13 mai 1936 (13). Le litige portait sur un contrat d'assurance maritime couvrant un envoi de diamants exportés frauduleusement d'Afrique du Sud. Les diamants furent volés durant leur transport du Mozambique à Anvers. La Cour d'appel, se fondant sur l'avis de son Procureur général, M. Hayoit de Termicourt, a constaté que le contrat d'assurance a été conclu postérieurement à la sortie frauduleuse des diamants d'Afrique du Sud et que l'acheteur des diamants, qui avait contracté l'assurance, ignorait leur origine frauduleuse. La Cour ne se prononce pas sur la loi applicable au contrat d'assurance mais semble indiquer, par sa référence aux notions d'ordre public et de bonnes mœurs, qu'elle le considère soumis à la loi belge et non à la loi anglaise comme le prétendait l'assureur.

La Cour constate que l'exécution du contrat d'assurance n'impliquait pas la fraude à la législation douanière sud-africaine et ne favorisait pas cette fraude et conclut que la cause de cette assurance n'est contraire ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. Ceci implique, ainsi que le suggérait le Procureur général Hayoit de Termicourt, que la Cour a considéré que les conventions, dont l'objet ou la cause est de favoriser la fraude à la loi douanière d'un Etat étranger, sont contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

8. — Dans le domaine de la contrebande de devises, un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 19 avril 1968 (14) avait à statuer sur la validité d'une société momentanée de droit belge qui avait été conclue pour pratiquer la contrebande de devises congolaises. Le tribunal a constaté que le contrat de société a été conclu uniquement pour mener des opérations de contrebande au détriment du Congo en sorte que cette société a un objet illicite et est donc nulle. Il précise, à cet égard, en se référant à De Page, que « veillant en gardiens

(13) Bruxelles, 13 mai 1936, Norwich Union, *B.J.*, 1937, p. 4 et conclusions du P.G. Hayoit de Termicourt.

(14) Comm. Bruxelles, 19 avril 1968, *J.C.B.*, 1968, p. 765 et note F. Rigaux.

vigilants au respect des bonnes mœurs, les tribunaux font en sorte (..) que le droit réponde à l'une de ses fonctions sociales les plus importantes : le maintien de l'étiage moral nécessaire à toute société policée dans les rapports d'intérêts pécuniaires et la sauvegarde de l'idéalisme acquis au cours de vingt siècles de progrès ». Le tribunal rejette comme irrecevable l'action tendant à établir les comptes de la liquidation de la société.

Dans le même sens, une sentence arbitrale du 23 mars 1981 (15) a rejeté l'argument d'illicéité de la cause d'un contrat de promotion immobilière, qui s'exécutait en Espagne mais était soumis au droit belge. Le tribunal arbitral ne retient pas l'argument du défendeur selon lequel ce contrat avait été conclu en vue de violer la législation espagnole sur les changes dès lors que la convention pouvait s'exécuter sans qu'il ait été nécessaire de violer cette législation.

On peut également mentionner un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 24 mars 1987 (16) rendu à propos d'un contrat conclu entre deux résidents zaïrois en vue d'organiser un trafic de devises en fraude de la législation zaïroise. Dans cet arrêt, le Cour relève que le juge belge, « même s'il n'est pas le gardien de l'ordre public du pays étranger dont une loi impérative a été violée, ne peut donner effet à un contrat qui aurait pour cause la transgression délibérée de la loi zaïroise sur le contrôle des changes ». Après réouverture des débats, la Cour a toutefois constaté que le contrat est soumis au droit zaïrois, ce qui fait sortir cette espèce du cadre de la présente étude puisque la loi du contrat et la loi violée coïncident (17).

9. — Il convient de mentionner brièvement le cas de la corruption de fonctionnaires étrangers pour préciser qu'il est en réalité, quant à la méthode retenue, étranger à l'hypothèse examinée dans cette étude. En effet, la jurisprudence considère que la corruption de fonctionnaires étrangers est en elle-même contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs indépendamment de la licéité de cette pratique selon le droit du fonctionnaire corrompu. Ce raisonnement attribue à l'ordre

(15) Sentence arbitrale, 23 mars 1981, *J.T.*, 1983, p. 727, note M. EKELMANS.

(16) Bruxelles, 24 mars 1987, (Van den Bussche), *Ann. Liège*, 1988, p. 64, note F. RIGAUX.

(17) Bruxelles, 23 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 381 et note F. RIGAUX.

public une valeur d'universalité que l'on rencontrera plus loin à propos de la conception d'un ordre public « réellement international » (ci-après n° 21).

Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Gand (18) a fait droit à la demande de paiement de la commission d'un intermédiaire qui avait facilité l'attribution d'un marché public par des autorités pakistanaises. La Cour relève qu'il n'est pas établi que les commissions réclamées étaient relatives à des pots de vin versés à des fonctionnaires pakistanais. Elle ne fait aucune référence à la loi pakistanaise qui aurait été violée, si la réalité de ces pots de vin avait été démontrée, et fonde son appréciation sur la base du seul article 1131 du Code Civil.

Cette jurisprudence n'est pas isolée. Déjà un ancien arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis (19) a considéré que la convention, par laquelle le Consul de Turquie à New-York bénéficiait d'une commission sur les achats d'armes qu'il parvenait à obtenir en exerçant son influence sur les autorités turques, ne pouvait recevoir d'exécution par les tribunaux américains même s'il était démontré que le gouvernement turc permet à ses agents de recevoir des commissions sur les contrats conclus grâce à leur influence. Le même raisonnement a été suivi plus récemment par la Cour de Cassation française (20).

10. — L'enseignement de cette jurisprudence est, quant au fond, que le juge belge n'a pas à veiller au respect de l'ordre public étranger et que la circonstance qu'une loi étrangère non-applicable ait été violée n'est pas en soi suffisante pour déclarer la convention nulle en application des articles 6, 1131 et 1133 du Code Civil. Il se peut toutefois, compte tenu du facteur d'appréciation que ces dispositions reconnaissent au juge, qu'une violation de la loi étrangère soit considérée par le juge comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs belges.

(18) Gand, 16 janvier 1986, *J.T.*, 1989, p. 108. Voy. également sur cet arrêt, R. Prioux, « Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international », *J.T.*, 1990, p. 733. On peut rapprocher de cette solution Comm. Bruxelles 2 mai 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 59 et note L. Barnich à propos d'un trafic d'armes de guerre considéré contraire à « l'ordre public international » entendu comme principe général du droit et d'humanité.

(19) Cour suprême des Etats-Unis (Oscaryon c/ Winchester repeating arms Co), 26 avril 1981, *Clunet*, 1882, p. 445 commenté par F. Rigaux, *Droit public et Droit privé dans les relations internationales*, p. 203.

(20) Cass. fr., 7 mars 1961 (Labarthe c/ Sauveroche), *Bull. civ.*, 1961 p.112.

C'est maintenant le cas dans le domaine de la contrebande douanière et des devises et cela paraît devoir être le cas chaque fois que la loi étrangère est une lois prohibitive au sens indiqué ci-dessus (n° 1). On observera dans ce contexte que les décisions de jurisprudence sont attentives à vérifier que la convention ne peut s'exécuter sans violation de la loi prohibitive étrangère. Quant à la méthode, la jurisprudence utilise clairement le mécanisme de la prise en considération des lois prohibitives étrangères par les dispositions de la *lex contractus* relatives à la licéité de l'objet ou, le plus souvent, de la cause. Cette méthode se retrouve également dans la jurisprudence étrangère. On se limitera ici à un bref aperçu de la jurisprudence néerlandaise, anglaise et française.

— *Droit comparé*

11. — Aux Pays-Bas, le Hoge Raad, dans un arrêt *de Vries* du 16 novembre 1956 (21), a admis la contrariété aux bonnes mœurs d'un contrat soumis au droit néerlandais et intervenu entre deux ressortissants néerlandais en vue de frauder les lois indonésiennes sur le change.

12. — En Grande-Bretagne, un arrêt *Ralli Brothers* de la Cour d'appel d'Angleterre rendu en 1920 (22) a énoncé la règle, depuis lors classique, selon laquelle, si un contrat requiert l'accomplissement d'un acte dans un pays étranger, on doit considérer que, sauf circonstances très particulières, sa validité est soumise à la condition que « l'acte à accomplir dans l'Etat étranger ne soit pas illégal selon le droit de cet Etat ». Cet arrêt n'est cependant pas décisif car il peut également s'expliquer par un rattachement supplémentaire à lex loci solutionnis pour apprécier la validité du contrat.

Dans l'arrêt de 1929 *Foster C/ Driscoll* (23), la Cour d'appel d'Angleterre a déclaré la nullité d'un contrat conclu en viola-

(21) H.R., 16 novembre 1956 (De Vries), *N.J.*, 1957, n° 1 et note RUTTENS. Voy. également sur cet arrêt, J. KOSTERS et C.W. DUBBINK, *Algemeen deel van het nederlandse internationaal privaatrecht*, p. 381 et R.D. KOLLEWIJN, *10 jaren nederlandse rechtspraak I.P.R. 1954-1963*, p. 382.

(22) Ralli Brothers et Compania Naviera Sota y Aznar (1920), 2 K.B.287. Voy. sur cet arrêt Dicey and Morris, *The conflicts of laws*, 10e ed., vol. 2, rule 149, exception I, p. 795.

(23) Foster c/ Driscoll (1929), I K.B.470 (C.A.).

tion de la loi américaine de prohibition. Cet arrêt précise les circonstances particulières visées par l'arrêt *Ralli Brothers* en introduisant la distinction, qui sera étudiée plus loin, entre la loi étrangère qui interdit un « malum in se » et celle qui vise un « malum quia prohibitum » (ci-après n° 12). Ainsi, un contrat conclu en violation d'une loi étrangère ne sera nul que si la loi étrangère poursuit des fins de morale ou d'hygiène. Il n'est, en revanche, pas immoral d'organiser la violation d'une loi commerciale ou fiscale. On retrouve ainsi, en définitive, l'appréciation de Larombière qui qualifiait la contrebande de « légitime représaille ». Lorsqu'il y a un élément intentionnel dans la violation de la loi étrangère, la jurisprudence britannique adopte une démarche similaire à celle de la jurisprudence belge. Il ressort de l'arrêt de la Chambre des Lords rendu le 21 octobre 1957 dans l'affaire *Reggazoni C/ Sethia* (24), qu'un contrat dont le but est la violation de la loi d'un pays étranger est contraire à la « public policy ». Il s'agissit en l'espèce d'un contrat de vente conclu entre un acheteur suisse et un vendeur anglais portant sur une importante quantité de jute indienne que l'acheteur voulait revendre en Afrique du Sud en violation de la loi d'embargo qui frappait ce pays.

13. — En France, la jurisprudence est également riche d'exemples de prise en considération de lois prohibitives étrangères sur la base des articles 6,1131 et 1133 du Code Civil.

En matière de contrebande, la jurisprudence est hésitante depuis l'ancien arrêt du Parlement d'Aix déjà évoqué (n° 7). Le législteur lui-même avait adopté des mesures fiscales en faveur de la contrebande : les bateaux « Smoglers » destinés à pratiquer la contrebande furent ainsi exemptés du droit de tonnage par le législateur révolutionnaire (Arr. 21 frimaire an 10). La loi des 23 septembre et 19 octobre 1791 organisa des entrepôts dans les ports de la Manche afin de recevoir la marchandise étrangère destinée à être introduite en contrebande en Angleterre. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence du début du siècle dernier ait été favorable à la

(24) Reggazoni c/ K.C. Sethia, (1956) I. All. E.R. 229 (Q.B.) ; *Clunet*, 1962, p. 1141, obs. Lipstein.

licéité des opérations de contrebande (25) et qu'elle n'ait pu évoluer qu'après l'abrogation de ces dispositions dans la seconde moitié du siècle (26). L'évolution de la jurisprudence paraissait terminée avec l'arrêt de la Cour d'Appel d'Alger du 20 février 1925 (27) qui souligne qu'il n'appartient pas aux tribunaux français de réprimer la contrebande pratiquée à l'étranger (mais) si ces opérations ne tombent pas sous l'application de lois répressives françaises elles n'en sont pas moins réprouvées par la conscience publique et les bonnes mœurs.

On peut, dès lors, comprendre que sur le fond, l'arrêt rendu en 1928 par la Cour de Cassation dans l'affaire de la *Morue française* (28) ait pu apparaître comme un décevant recul. Sur la méthode, cet arrêt consacre toutefois au plus haut niveau la prise en considération de la loi prohibitive sur la base de l'ordre public et des bonnes mœurs. Cet arrêt concernait un transport de boissons alcoolisées destinées à être vendues en haute mer, au large des côtes des Etats-Unis. La marchandise ayant été pillée, les assureurs opposaient à la demande d'indemnisation, le fait que cette marchandise était destinée à être introduite illégalement aux Etats-Unis en violation des lois de prohibition alors en vigueur. La Cour de Cassation rejette le moyen critiquant, au regard de l'ordre public et des bonnes mœurs, l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix qui avait expressément déclaré que la contrebande peut faire l'objet d'un contrat licite et relève qu'il était établi en l'espèce que le transport maritime s'achevait en haute mer, c'est-à-dire en dehors du territoire des Etats-Unis.

(25) Aix, 30 août 1833, Jur. gén. V° Droit maritime, p. 617 et Cass. fr. 25 août 1835 (Lacrouts), *S.*, 1835, 673, cités par E. Silz, note sous Colmar, 16 février 1937, *D.P.*, 1939, p. 25. L'arrêt de la Cour de Cassation n'avait pas à se prononcer sur les motifs de l'arrêt attaqué (Paris 21 juillet 1834, *S.*, 1835, I, 673) qui relevaient que la contrebande devient illicite lorsqu'elle a lieu en achetant la connivence des préposés des douanes étrangères car alors « on blesse les principes de la morale qui ont partout et à l'égard de tous une égale autorité ». Ceci démontre que la complaisance de l'ancienne jurisprudence française à l'égard de la contrebande s'explique par la politique prônée par le législateur lui-même.

(26) Pau. 2 juillet 1886, *Clunet*, 1867, p. 57 ; Douai, 11 novembre 1907, *D.P.*, 1908, II, 15.

(27) Alger, 20 février 1925 *Clunet*, 1926, p. 701.

(28) Cass. fr. 28 mars 1928, *S.* 1928, I, 305 ; voy. l'arrêt attaqué de la Cour d'appel d'Aix, 2 février 1929, *S.*, 1926, I, 105 et note A. Pillet. La timidité de la Cour de Cassation de France a été vivement critiquée au fond par Niboyet dans sa note sous l'arrêt et par Batiffol, *Contrats*, n° 419 comme reflétant l'ancienne doctrine favorable à la contrebande en fraude des lois étrangères.

Dans le domaine de la contrebande de devises, il convient de mentionner l'arrêt *Geismann* rendu par la Cour d'appel de Colmar le 16 février 1937 (29) à propos de la validité d'un mandat confié à un ressortissant français par un réfugié politique allemand en vue de récupérer les capitaux dont il disposait en Allemagne. Le mandataire avait été arrêté par les autorités allemandes et réclamait l'indemnisation de sa détention au mandant qui refusait en invoquant l'illicéité de la mission qui lui avait été confiée. La Cour relève, à cet égard, que « la question de savoir si un contrat a un objet illicite ou immoral se règle d'après la loi du lieu où le contrat est passé, en l'espèce la loi française ». L'exportation de capitaux hors d'Allemagne, ajoute la Cour, est une infraction au regard de cette loi qui présente cependant « un caractère purement politique dans le but qu'elle se propose et par les motifs qui l'inspirent ». Cette loi est donc jugée « essentiellement territoriale » et dépourvue d'autorité en France.

Le même raisonnement a été suivi par la Cour d'appel d'Aix dans un arrêt *d'Andria* du 20 mai 1947 qui a admis la licéité, au regard de l'article 1133 du Code Civil, d'un contrat d'affrètement d'un voilier destiné à transporter des émigrants juifs de Sète en Palestine. La Cour relève que les modalités souscrites par les parties « ne font pas invinciblement apparaître l'existence d'un dessein frauduleux tendant à éluder la réglementation tant française qu'internationale de l'émigration » (30).

Le tribunal civil de la Seine, dans une affaire *Spitzer* d'exportation illicite de lingots d'or du Portugal en Espagne, a de même jugé que « doivent être considérées comme illicites et dépourvues d'effet de ce chef les opérations de contrebande, faites en fraude des lois étrangères » (31).

(29) COLMAR, 16 février 1937, *R.C.D.I.P.*, 1937, (GEISSMANN), *D.P.*, 1939, 25, note E. SILZ. On notera que cet arrêt pose le problème sur le terrain de l'objet illicite ou immoral.

(30) Aix, 20 mai 1947, (D'ANDRIA), *R.C.D.I.P.*, 1948, p. 294.

(31) Civ. Seine, 4 janvier 1956, (Spitzer), *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 679. On notera que le jugement se réfère à une atteinte à la « conscience publique et à l'ordre public international » pour toutefois conclure au rejet de la demande sur la base de la « cause illicite ».

III. — L'ordre public, instrument de la prise en considération de la loi prohibitive étrangère

14. — Le caractère original de la fonction particulière reconnue à l'ordre public dans la jurisprudence qui vient d'être évoquée réside dans la notion de prise en considération de la loi étrangère.

Cette prise en considération se distingue de l'application : appliquer une loi, c'est en tirer les conséquences juridiques qu'elle prévoit. Or, la loi prohibitive étrangère ne peut recevoir une telle application puisqu'elle utilise des procédés de droit public (taxes, sanctions pénales, autorisations administratives) auxquels le juge ne peut faire recours (32). Ce n'est pas la qualification de droit public de la loi prohibitive étrangère qui est en cause. Il est maintenant largement admis, notamment depuis la résolution de Wiesbaden de l'Institut de droit international sur l'application du droit public étranger (33), que cette qualification ne fait pas en elle-même obstacle à l'application. Il s'agit fondamentalement, au-delà de cette qualification, d'un problème d'incompétence du juge qui ne peut condamner à une taxe ou une amende ou délivrer une autorisation administrative au nom d'une autorité étrangère.

La prise en considération est un procédé qui se rencontre plus fréquemment en droit public : en droit pénal, le juge doit prendre en considération la loi pénale étrangère pour vérifier s'il y a double incrimination autorisant la repression d'un délit commis à l'étranger (article 7 de la loi du 17 avril 1878) ; en droit fiscal, la loi fiscale étrangère est prise en considération pour éviter que les revenus taxables soient soumis à la double imposition que de nombreuses conventions bilatérales visent à prévenir ; en droit de la sécurité sociale, la législation étrangère est prise en considération pour déterminer si les ressortissants étrangers peuvent bénéficier de la protection sociale au titre de la réciprocité. Le procédé se retrouve également en matière de conflits de juridictions puisque, pour l'exequatur,

(32) G. Van Hecke, « Foreign public laws in court », *R.B.D.I.*, 1969, p. 62.

(33) Institut de droit international, session de Wiesbaden 1975, Résolution concernant l'application du droit public étranger, *R.C.D.I.P.*, 1976, p. 423.

l'article 570 du Code judiciaire impose de vérifier conformément à « la loi du pays où la décision est rendue » si cette décision est passée en force de chose jugée et si l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité.

Du point de vue théorique, la prise en considération est un phénomène qui n'a guère été approfondi (34). Niboyet, fidèle à sa théorie du droit international privé fondée sur le respect des droits acquis, indique que la prise en considération relève non de la création des droits mais de l'efficacité des droits déjà créés (35).

M. Mayer distingue classiquement l'application, qui consiste à donner un effet juridique à une règle, de la prise en considération, qui permet de tenir compte de la loi étrangère dans la mesure où elle fait partie de l'hypothèse de la règle, de son présupposé (36).

Il paraît toutefois n'envisager que les cas où la prise en considération de la loi étrangère est ordonnée par la règle alors que la prise en considération d'une loi étrangère peut résulter des termes généraux dans lesquels la règle applicable est rédigée. C'est le cas précisément des articles 6, 1131 et 1133 du Code Civil qui n'imposent pas de prendre en considération la loi étrangère violée mais autorisent, par leur généralité, le juge à en tenir compte pour apprécier la licéité de la cause ou de l'objet de l'acte juridique.

M. Mayer observe justement que la prise en considération permet de tenir compte de la réalité que constitue l'existence de lois étrangères. C'est la même idée qu'expriment MM. Batiffol et Lagarde (37) lorsqu'ils indiquent que la loi étrangère prise en considération constitue un fait. L'expression est peu heureuse dès lors que « le fait » qui est ainsi pris en compte est une règle de droit dont le juge devra déterminer la teneur

(34) Voy. cependant F. Rigaux, *Précis de droit international privé*, n° 138.

(35) J.P. Niboyet, Note sous Paris, 26 mars 1936, (Banque des Pays de l'Europe Centrale), *R.C.D.I.P.*, 1936, p. 490.

(36) M. Mayer, *Droit international privé*, n° 140 ; voy. également du même auteur, Les lois de police étrangères, *Clunet*, 1981, pp. 277 et s., sp. 307.

(37) Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7e ed., n° 598, p. 320.

pour savoir si elle a été réellement violée (38). Il vaudrait mieux parler des effets de fait de la loi étrangère comme on se réfère aux effets de fait des jugements étrangers. Les deux théories peuvent d'ailleurs avoir d'intéressants points de rattachement comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 février 1960 (39) à propos d'un jugement étranger non exequaturé, auquel on reconnaît traditionnellement des effets de fait, qui est pris en considération au titre de l'article 1131 du Code Civil pour annuler, sur la base de la cause illicite, un contrat conclu en vue de faire obstacle à son exécution.

15. — Les articles 6, 1131 et 1133 du Code Civil ne sont pas les seules dispositions qui permettent, en droit privé, la prise en considération du droit étranger. Un autre exemple est fourni par l'article 1148 du Code Civil relatif à la force majeure. Ainsi, dans un arrêt souvent cité, le Reichsgericht a, en 1918, admis avec une rare impartialité que la loi britannique interdisant le commerce avec l'ennemi constituait pour un ressortissant britannique un cas de force majeure le libérant de ses obligations à l'égard de son cocontractant allemand (40). Contrairement à la prise en considération sur la base de l'ordre public, la prise en considération sur la base de la force majeure n'implique pas d'appréciation morale de la loi étrangère. On peut même croire avec Mme Liénard-Ligny que plus la loi est injuste ou odieuse, plus elle sera prise en considération dès lors qu'elle exercera, dans ce cas, davantage de contrainte sur le débiteur de l'obligation (41). Une abondante jurisprudence a été rendue dans ce domaine concernant l'effet, sur l'exécution du contrat, des législations étrangères sur les changes (42).

(38) Voy. par exemple l'analyse détaillée à laquelle se livre le tribunal arbitral dans la sentence du 23 mars 1981 déjà citée (note 15).

(39) Paris, 19 février 1960, *R.C.D.I.P.*, 1961, p. 82, note P. LAGARDE.

(40) R.G., 28 juin 1918, *R.G.Z.* 93, 182.

(41) M. LIÉNARD-LIGNY, « L'autonomie de la volonté face aux lois impératives dans les contrats internationaux », *Ann. Liège*, 1968, pp. 5 et s., sp. 33 et 36.

(42) La force majeure est en principe écartée dès lors que selon l'adage *genera non pereunt* l'impossibilité d'exécution ne se conçoit pas pour les dettes d'argent : voy. la jurisprudence analysée par M. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 1re ed., p. 229 ; M. Liénard-Ligny, *op. cit.*, p. 31.

IV. — Etendue de la prise en considération

16. — La façon dont le juge peut prendre en considération les lois prohibitives étrangères au titre de l'ordre public n'est pas influencée par la qualité de ces lois (lois politiques, lois contingentes) mais elle peut être limitée par l'exception d'ordre public international voire être favorisée ou au contraire empêchée par une intervention législative.

17. — La jurisprudence anglaise ancienne refusait de prendre en considération les « trade and revenue laws » (43). La même idée a été reprise en droit français et belge pour rejeter la prise en considération des lois dites politiques. Ainsi, P. Arminjon considère que les lois politiques, c'est-à-dire celles qui « font exception aux principes et aux règles du droit dans l'intérêt d'un Etat, d'un parti, d'une classe voire de certaines croyances ou idées » ne doivent jamais avoir d'effet extraterritorial (44). M. Gothot a repris un moment cette doctrine (45) mais l'a ensuite répudiée (46). On retrouve une théorie un peu similaire dans l'autre distinction faite par la jurisprudence anglaise entre les lois prohibitives étrangères qui interdisent un « malum in se » et celles qui ne sont que contingentes et visent un « malum quia prohibitum ». Cette distinction ressort de l'arrêt *Foster C/ Driscoll* évoqué ci-dessus (n° 12). Il ressort de cette distinction que les lois étrangères qui prohibent un fait pour des raisons de morale ou d'hygiène sont à prendre en considération. En revanche, les « trade and revenue laws » sont édictées à des fins égoïstes par l'Etat étranger et il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Cette distinction a été accueillie en doctrine belge et française par M. Philonenko (47). On peut citer, en ce sens, un arrêt du tribunal fédéral suisse qui a jugé qu'un contrat, soumis à la loi suisse mais conclu en violation de la

(43) G. Van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 1re éd., p. 212.

(44) P. Arminjon, « Les lois politiques et le droit international privé », *R.D.I.P.*, 1930, p. 384.

(45) P. Gothot, « L'ordre public international et l'application des lois politiques étrangères », *R.C.J.B.*, 1962, p. 450.

(46) P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *R.C.D.I.P.*, 1971, p. 236.

(47) M. Philonenko, « Bulletin de la jurisprudence allemande », *Clunet*, 1930, pp. 443-445.

loi roumaine sur les changes, n'est pas contraire aux bonnes mœurs « dès lors que les dispositions étrangères sur les devises n'appartiennent pas par leur nature aux normes de caractère éthique auxquelles le loi accorde sa protection en Suisse » (48).

De même, un arrêt de la Cour d'appel de Reims a jugé que « il n'appartient pas aux juridictions françaises de sanctionner la fraude à la loi étrangère surtout dans le domaine de l'ordre public économique » (49).

Ces décisions restent cependant isolées et ne permettent pas de cerner avec précision les critères permettant d'opérer la distinction entre les lois dignes ou non d'être prises en considération. Cette distinction ne serait d'ailleurs applicable que pour la prise en considération au titre de l'ordre public et non au titre de la force majeure.

18. — Comme pour l'application des lois étrangères ou la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires, c'est donc l'exception d'ordre public international qui peut seule constituer l'exception à la prise en considération. L'arrêt précité de la Cour d'appel de Reims (n° 17) peut d'ailleurs s'expliquer pour cette raison compte tenu de l'effet spoliateur en l'espèce de la loi étrangère. M. Batiffol écrit, à ce propos, qu'il y a une présomption de moralité de la loi étrangère, si l'Etat est reconnu ou si l'exercice légitime de son pouvoir est constaté par le juge, et cette présomption de moralité ne peut être écartée que par l'exception d'ordre public international (50). M. Philonenko contestait cependant cette présomption (51).

L'exception est donc bien issue de la *lex fori* et fait obstacle à la prise en considération, par la *lex contractus*, de la loi prohibitive étrangère. La prise en considération au titre de l'ordre public et des bonnes mœurs aboutit en effet à une collaboration de la *lex contractus* au but poursuivi par le législateur

(48) A.T.F., 28 février 1950, *J.T. suisse*, 1950, p. 488.

(49) Reims, 25 octobre 1976, (Achour), *Clunet*, 1978, p. 99 et note P. Mayer qui relève que la Cour d'appel de Reims n'a pas été insensible au fait que la loi étrangère algérienne aboutissait à déposséder de leurs biens deux français qui s'installaient en métropole au lendemain de l'indépendance. Voy. dans ce même sens Prés. Arr. La Haye, 17 septembre 1982 (sensor Nederland), *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 473 note B. Audit.

(50) H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. I[er], 7[e] ed., n° 256, p. 303 et t. II, 7[e] ed., n° 598, p. 320 ; voy. également F. Despagnet, *Précis de droit international privé*, 4[e] ed., n° 307, p. 649.

(51) M. Philonenko, « Etude sur la contrebande », *Clunet*, 1930, pp. 427 et s.

étranger et il est légitime de contrôler cette collaboration par le biais de l'exception d'ordre public international issue de la *lex fori*. L'exception d'ordre public est théoriquement concevable dans le cas de la prise en considération de loi étrangère au titre de la force majeure mais il faut reconnaître qu'il s'agit d'une hypothèse d'école puisque, dans ce cas, le refus de collaboration se traduit simplement par le refus de reconnaître la force majeure.

— *Intervention du législateur*

19. — Le législateur peut influencer l'étendue de la prise en considération des lois prohibitives étrangères. Le législateur peut intervenir à l'encontre de la prise en considération de certains types de législations étrangères. C'est le cas des dispositions anti-boycott telle que le « protection of trading interest act » adopté en Grande-Bretagne en 1980 pour dispenser les entreprises britanniques de coopérer à l'application extraterritoriale du boycott américain de Cuba. L'intervention du législateur peut au contraire inviter à la prise en considération des lois prohitives étrangères. C'est le cas du décret-loi portugais du 3 avril 1937 sur la protection des œuvres d'art qui déclare nulles et non avenues les transactions effectuées au Portugal ayant pour objet des choses de valeur artistique, archéologiques, historiques ou bibliographiques originaires d'un pays étranger si elles enfreignent les dispositions de la loi de ce pays régissant leurs importations ou exportations (52).

La même technique est utilisée dans le domaine des lois monétaires par l'articles VIII, § 2B des statuts du Fonds monétaire international qui dispose que les contrats de change (dans un sens large, c'est-à-dire tous les contrats qui comportent un transfert de monnaies) qui mettent en jeu la monnaie d'un Etat membre et qui sont contraires à la réglementation du contrôle des change de cet Etat, maintenue ou imposée conformément aux présents statuts, ne seront exécutoires sur le territoire d'aucun Etat membre. Cette disposition implique que la réglementation des changes du pays dont la monnaie

(52) Voy. à cet égard, Ferrer Correia, « La vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel », *Annuaire Droit International*, vol. 64, I, p. 90, sp. 172.

est mise en jeu doit être prise en considération (53). En droit belge, cette prise en considération se fera par le biais de la cause illicite (54).

V. — Distinctions

— *Fraude à la loi*

20. — La prise en considération de la loi prohibitive au titre de l'ordre public ou des bonnes mœurs se distingue de la fraude à la loi, encore que l'appelation « fraude à la loi étrangère » soit parfois employée. La fraude à la loi consiste dans la création artificielle des facteurs de rattachement (55). Un contrat conclu en violation d'une loi prohibitive étrangère ne crée, en revanche, aucun facteur de rattachement artificiel, la *lex contractus* étant valablement choisie par les parties.

— *Exception d'ordre public international*

21. — La prise en considération des lois prohibitives étrangères ne vise évidemment pas à faire obstacle à l'application de la loi étrangère normalement compétente comme dans le cas de l'exception d'ordre public international. Niboyet a toutefois parlé, dans le premier cas, d'un « ordre public vraiment international » né de l'existence de la communauté universelle qui ne permet pas qu'un Etat prête assistance sur son territoire à ceux qui veulent directement nuire à un Etat étranger (56). Il se réfère toutefois, dans cette explication, à la cause illicite ce qui démontre que ce qu'il qualifie d'ordre public vraiment international demeure l'ordre public au sens du droit interne, entendu dans sa fonction de prise en considération des lois prohibitives étrangères. Il n'y a donc qu'une identité de dénomination avec « l'ordre public réellement international » de Rolin (57) puisque les fonctions des deux notions

(53) F. Gianviti, « Le contrôle des changes étrangers devant le juge national », *R.C.D.I.P.*, 1980, pp. 479 et s.

(54) F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, t. II, 2e ed., n° 1303, p. 535.

(55) R. Van der Elst, *Droit international privé*, t. Ier, Conflits de lois, n° 84, p. 344. H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. Ier, 7e ed., p. 428, n° 371.

(56) J.P. Niboyet, note sous Colmar 24 juin 1932, *S.*, 1934, II, p. 73.

(57) H. Rolin, « Vers un ordre public réellement international », *Hommage d'une génération de juristes au Président Bosdevant*, p. 44.

différent essentiellement même si dans plusieurs cas elles peuvent en fait recouvrir les mêmes situations (58).

Un jugement du tribunal civil de la Seine dans l'affaire *Spitzer* (ci-dessus n° 13) illustre bien ce rôle « international » que la jurisprudence reconnaît à l'ordre public du droit interne lorsqu'il s'agit de sanctionner la violation délibérée des lois prohibitives étrangères : « les opérations de contrebande (en l'espèce le transport de lingots d'or du Portugal en Espagne) qui sont faites en fraude de lois étrangères (en l'espèce la loi douanière espagnole) portent atteinte à la conscience publique et à l'ordre public international » (59).

— *Les lois de police étrangères*

22. — La distinction est ici plus délicate. Comme l'a écrit M. Gothot, les lois de police étrangères constituent la voie d'accès direct des lois prohibitives tierces sur le contrat (60). L'article 7, § 1 de la Convention de Rome et de la loi du 14 juillet 1987 portant ratification de cette Convention disposent ainsi qu'« il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit si et dans la mesure où, selon le droit de dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ».

Cette « voie d'accès direct » pourrait présenter ainsi l'avantage de la souplesse par rapport à la prise en considération et serait plus élégante dans la mesure où elle n'aboutirait pas, comme celle-ci, à considérer le droit étranger comme un simple fait.

Dans son avant-projet de rapport sur la Convention de Rome, M. Giuliano soulignait que l'article 7, § 1 permet de prendre en considération l'incidence des lois de police sur la réglementation de plusieurs rapports contractuels (61). Il citait

(58) N. Watté, « Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé », *R.C.J.B.*, 1989, p. 66, spéc. 92, n° 41.

(59) Civ. Seine, 4 janvier 1956, (Spitzer) *R.C.D.I.P.*, 1956, p. 679 cité ci-dessus note (31).

(60) P. Gothot, « Lois monétaires tierces et loi du contrat », *Rev. Banque*, 1979, pp. 70 et s.

(61) M. Giuliano, Avant-projet de rapport sur la Convention de Rome, et *Rec. Cours A.D.I.*, 1978, t. 158, p. 187.

ainsi « les lois relatives au contrôle des mouvements de capitaux et des mouvements de marchandises (interdiction de certains paiements à l'étranger, de certaines importations ou exportations ». M. Lagarde vise en outre les lois sur l'exportation de biens culturels ou les mesures d'embargo (62). On peut donc penser, en première analyse, que les deux théories pourraient se recouvrir. M. Dieux a ainsi admis que la « théorie classique », la prise en considération, coexiste avec la « théorie nouvelle » des lois d'application immédiate (63). Cette position doit être quelque peu nuancée car il semble bien que les deux théories s'adressent à deux types de lois étrangères : la prise en considération concerne les lois prohibitives définies ci-dessus (n° 1) tandis que les lois d'application immédiate sont les lois qui ont une telle vocation d'application et règlent la sanction de leur violation.

Il faut ainsi souligner que le rapport définitif de MM. Giuliano et Lagarde est rédigé en des termes très prudents en ce qui concerne l'article 7, § 1 de la Convention de Rome (64). L'expression « donné effet » ne viserait pas la prise en considération mais la « combinaison » avec la *lex contractus*. De toute manière, on ne peut donner effet qu'à des conséquences de droit privé d'une règle prohibitive. L'arrêt *Alnati* cité par MM. Giuliano et Lagarde pour illustrer l'expression « donné effet » est purement de droit privé (65).

Il reste que les lois d'application immédiate sont, par définition, des lois qui sont destinées à s'appliquer. L'observation concernant les procédés de droit public utilisés dans les lois prohibitives étrangères (ci-dessus n° 14) demeure valable : ces lois sont fiscales, pénales, administratives et ne peuvent en tant que telles être appliquées par un juge étranger. En revanche, l'application immédiate ne peut viser que les conséquences de droit privé prévues par le législateur qui a édicté la loi étrangère. Les deux procédés sont donc complémentaires.

(62) P. LAGARDE, *Répertoire Delloz*, Droit européen, V° Convention de Rome, n^{os} 97 et 100. S'agissant des mesures d'embargo, M. Lagarde se réfère à la célèbre affaire du gazoduc sibérien, Trib. arr. La Haye, 17 septembre 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 473.

(63) X. DIEUX, « Questions relatives aux effets de la contrainte étatique », *R.B.D.I.*, 1987, p. 184, spec. 220. Voy. également M. EKELMANS, *op. cit.*, *J.T.*, 1983, p. 735.

(64) GIULIANO et LAGARDE, Rapport, *JOCE*, C 282 du 31 octobre 1982.

(65) H.R. 13 mai 1966, (Alnati) *R.D.C.I.P.*, 1966, p. 522.

VI. — Conclusion

23. — L'ordre public et les bonnes mœurs au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code Civil peut être également violé lorsque la convention a pour objet ou pour cause la transgression d'une loi prohibitive étrangère. Cette fonction particulière de l'ordre public et des bonnes mœurs au sens de ces dispositions révèle que, d'une part, ces notions ne se réduisent pas à un catalogue de dispositions internes à intensité particulière et que, d'autre part, le statut du droit étranger comporte un stade intermédiaire entre l'application et la non-application à savoir le stade où ce droit étranger est pris en considération par une disposition substantielle telles que les dispositions précitées du Code Civil relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Ce statut intermédiaire s'explique par la nature spécifique de la loi prohibitive étrangère qui, mettant en œuvre des procédés de droit public, ne peut comme telle être appliquée par le juge. En revanche, les lois de police étrangères ont vocation à s'appliquer et elles peuvent l'être sur la base de l'article 7 de la Convention de Rome et de la loi du 14 juillet 1987.

24. — Afin d'illustrer cette conclusion, il est intéressant de retenir l'exemple des contrats conclus en violation des lois sur la protection des biens culturels. Il ne s'agit que d'un aspect, à la vérité secondaire, comparé aux délicats problèmes soulevés par la revendication de ces biens, de la problématique de la protection des biens culturels qui fait actuellement l'objet d'une attention particulière de la part de la doctrine (66) et

(66) Voy. déjà Ch. De Visscher, « La protection internationale des objets d'art », *Rev. Dr. int. et de lég. comp.*, 1935, pp. 32 et s. Voy. dans la doctrine récente H. Muir-Watt, La revendication internationale des biens culturels, *R.C.D.I.P.*, 1992, pp. 1 et s. et les rapports présentés à l'Institut de droit international, en particulier le rapport préliminaire de M. Ferrer-Correia cité ci-dessus note (52) ; Voy. également B. Audit, « Le statut des biens culturels en droit international privé français », *R.I.D.C.*, 1994 p.405 et P. Lalive, « Sur le retour des biens culturels illicitement exportés », *Nouveaux itinéraires en droit* (Hommage à F. Rigaux), pp. 284 et s.

des instruments internationaux (67). La jurisprudence est cependant réduite et, spécialement dans ce domaine, se justifie l'explication de M. Rigaux (68) selon laquelle les contrats destinés à violer une loi étrangère ont en fait une grande efficacité : ils sont respectés malgré leur illicéité. On peut penser avec M. Lalive (69) que les notions de droit interne comme celles d'ordre public et de bonnes mœurs peuvent également traduire une sensibilité plus grande aux besoins de protection des biens culturels. En revanche, le recours à la notion de lois de police (au sens de lois d'application immédiate) n'est pas satisfaisant car les législations nationales protectrices des biens culturels sont systématiquement fondée sur des régimes de restriction à l'exportation accompagnés de possibilités limitées de licences ou de droits de préemption réservés à l'administration (70).

Le célèbre arrêt rendu le 22 juin 1972 par le Bundesgerichtshof doit être cité dans ce contexte (71). Dans cette affaire, une société allemande avait transporté de Port Harcourt (Nigéria) à Hambourg des masques et des bronzes africains dont l'exportation était refusée par les autorités nigérianes. Le litige est né de ce que les bronzes ont disparu durant le voyage. La Cour constate que l'exportation de ces bronzes était illégale et se réfère à la Convention de l'Unesco du 14 novembre 1970 sur la protection des biens culturels, sans toutefois appliquer cette convention qui n'avait pas été ratifiée par l'Allemagne à la différence du Nigéria, pour prendre en considération la loi nigé-

(67) Voy. en particulier la Convention de Paris (Unesco) du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transport de propriétés illicites de biens culturels ; Convention de Paris (Unesco) du 1er novembre 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel ; Avant-projet de Convention unidroit sur les biens cultures volés ou illicitement exportés. La Résolution de Bâle de l'Institut de droit international (2 septembre 1991) sur la vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel, *R.C.D.I.P.*, 1992, p. 203 propose une règle spéciale de rattachement fondée sur la lex originis. Voy. également la directive 93/7/CEE sur la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre et le règlement CEE 3911/92 relatif à l'exportation de biens culturels.

(68) F. Rigaux, « Observations sous Bruxelles », 23 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 381.

(69) P. Lalive, *op. cit.*, p. 287.

(70) Ferrer Correia, *op. cit.*, p. 156.

(71) BGH, 22 juin 1972, *BGHZ*, 59, p. 83 cité par F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Rec. Cours*, 1989, I, p. 196, et par P. Lalive, *op. cit.*, p. 286 ; voy. également A. Bleckmann, « Sittenwidrigkeit wegen Verstozes gegen den ordre public international », *Zeitsch. für öff Recht un Völkerrecht*, 1974, pp. 112 et s.

rienne. La Cour conclut que « l'exportation d'un bien culturel en violation d'une règle de droit de son pays d'origine ne requiert pas de protection en droit civil ». Elle considère, en conséquence, que l'objet du contrat d'assurance est nul et dégage l'assureur de son intervention.

Marc Ekelmans,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique

L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET SES EFFETS ATTÉNUÉS

PAR

Marc EKELMANS

CHERCHEUR AU CENTRE DE DROIT PRIVÉ
ET DE DROIT ÉCONOMIQUE

I. — Objet de l'étude

1. — Il n'aurait pas été concevable d'omettre, dans la recherche collective sur l'ordre public, une étude sur l'ordre public au sens du droit international privé. Au vu des définitions qu'en donne la Cour de Cassation, la parenté qui unit cette dernière notion et l'ordre public au sens du droit interne serait, en effet, très proche.

L'ordre public au sens des articles 6 et 1133 du Code civil a été défini en ces termes par un arrêt de principe du 9 décembre 1948 (1), qui s'inspire de l'enseignement de De Page (2) : « est d'ordre public la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou qui fixe les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société ».

L'arrêt Vigouroux du 4 mai 1950 (3) précise, par ailleurs, qu'est d'ordre public au sens du droit international privé la loi qui consacre un principe que le législateur considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger même lorsque celle-ci est applicable suivant les règles ordinaires des conflits de lois.

La parenté des deux notions, selon leur définition par la Cour de Cassation, apparaît dans l'identité des termes employés pour qualifier la norme d'ordre public interne ou d'ordre public au sens du droit international privé : cette norme est celle qui consacre des principes essentiels (des « bases juridiques » selon l'arrêt de 1948) à l'ordre économique moral ou politique (« de l'Etat » selon l'arrêt de 1948).

2. — Cette parenté n'est cependant qu'apparente. En premier lieu, il est artificiel de qualifier *in abstracto* la norme de droit belge qui aurait été applicable en l'absence de conflits de

(1) Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 699.
(2) De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I[er], 3[e] éd., n° 91, p. 111.
(3) Cass., 4 mai 1950, (Vigouroux), *Pas.*, 1950, I, 624.

lois. Une telle qualification ne correspond pas à la démarche du juge appelé à résoudre un conflit de lois.

Ce juge est, en effet, tenu de déterminer, d'après ses règles de conflits, le droit matérial applicable au litige qui lui est soumis et qu'il va, si ce droit est étranger, éventuellement écarter comme contraire aux principes essentiels du for. Le juge ne procède donc à aucun moment, à une recherche parallèle de la norme de droit matériel belge qui aurait été applicable en l'absence de conflits de lois pour vérifier si cette norme doit être qualifiée d'ordre public.

L'arrêt *Anstalt del Sol* (4) est, à cet égard, révélateur car à aucun moment la Cour ne précise, parmi les dispositions visées dans le pourvoi, celle qui implique qu'une société commerciale soit constituée par plusieurs personnes.

En réalité, l'ordre public international permet au juge d'écarter la loi étrangère dont l'application concrète dans le litige qui lui est soumis heurte les principes essentiels du for. Il s'agit d'une appréciation *in concreto* que nie la définition *in abstracto* de la Cour de Cassation.

En second lieu, les deux notions se distinguent par leur fonction. Ainsi que l'arrêt *Vigouroux* le précise opportunément, la fonction de l'ordre public au sens du droit international privé est, dans le domaine des conflits de lois, de faire échec à l'application d'une loi étrangère et, dans le domaine des conflits de juridiction, de faire obstacle à la reconnaissance ou à l'exequatur d'une décision étrangère. Cette fonction d'exclusion de l'ordre public international le distingue radicalement de l'ordre public en droit interne dont la fonction est de faire échec à la convention-loi.

3. — La présente étude a pour objet d'examiner un aspect particulier de l'appréciation *in concreto* de l'application de loi étrangère au regard des exigences de l'ordre public international. Il s'agit de la théorie des effets atténués de l'ordre public international selon laquelle, pour reprendre la définition de R. Vander Elst, « les effets de l'ordre public international peuvent être atténués lorsqu'il ne s'agit plus d'appliquer la loi étrangère qui heurte l'ordre public mais simplement de recon-

(4) Cass., 13 janvier 1978, (Anstalt del Sol), *R.C.J.B.*, 1979, p. 40 et note L. GANSHOF.

naître les effets de certains droits acquis à l'étranger sous l'empire de cette loi » (5).

Il conviendra, dans les lignes qui suivent, de rechercher l'origine de cette théorie, son influence en Belgique et en droit comparé et ensuite d'examiner sa portée et sa justification.

II. — L'origine française de la théorie des effets atténués

4. — Ainsi que l'a montré M. Graulich (6), c'est en France qu'il convient de rechercher l'origine de la théorie des effets atténués de l'ordre public international.

En jurisprudence, elle a été formalisée en ces termes dans l'arrêt *Rivière* rendu par la Cour de cassation le 17 avril 1953 (7) : « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle (cette réaction) met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». La Cour de Cassation a ensuite résumé cette théorie dans l'appellation « effet atténué de l'ordre public » par son arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964, célèbre par ailleurs pour avoir rejeté, en droit français, le pouvoir de révision du juge de l'exequatur (8).

La jurisprudence ultérieure a conservé cette appellation (9).

5. — Avant d'être explicitement formalisée par l'arrêt Rivière, la théorie des effets atténués pourrait se déduire d'anciens arrêts de la Cour de Cassation. M. Batiffol cite à cet égard l'arrêt *Bulkley* du 28 février 1860 (10), tout en précisant

(5) R. Vander Elst, *Droit international privé belge*, Conflits de lois, p. 343, n° 83.2.

(6) P. Graulich, note sous Liège, 23 avril 1970 (Oum Keltoum), *R.C.D.I.P.*, 1975, p. 54.

(7) Cass. fr., 17 avril 1953 (Rivière), *R.C.D.I.P.*, 1953, 412 et note Batiffol.

(8) Cass. fr., 7 janvier 1964 (Munzer), *R.C.D.I.P.*, 1964, p. 344.

(9) Voy. ainsi Cass. fr. 22 mai 1957 (Henrich), *R.C.D.I.P.*, 1957, p. 466 (reconnaissance d'un enfant adultérien) ; Cass. fr. 28 janvier 1958 (Chemouni), *R.C.D.I.P.*, 1958, p. 110 (effets d'un mariage polygamique) ; Cass. fr. 3 novembre 1984, *R.C.D.I.P.*, 1984, p. 325 (effets d'une répudiation unilatérale).

(10) Cass. fr., 28 février 1960 (Bukley), *S.*, 1860, I, 21.

que la solution retenue par la Cour dans cette décision peut être justifiée par d'autres motifs (11). D'autres arrêts rendus à la même époque se justifient par la théorie de l'effet atténué ce qui démontre que, même si l'origine de celle-ci n'est pas à rechercher dans l'arrêt Bulkley, elle se retrouve déjà dans la jurisprudence du siècle passé (12).

6. — Dans la doctrine, c'est Pillet qui, le premier, a énoncé la théorie de l'effet atténué sous la dénomination « effet partiel de l'ordre public » (13). On ne peut cependant isoler sur ce point sa pensée de sa théorie générale des droits acquis qui fonde sa vision du droit international privé. Selon lui, l'ordre public français fonde la compétence de la loi française pour tout ce qui se passe sur le territoire français comme l'ordre public d'un Etat tiers emporte la compétence de la loi de cet Etat pour tout ce qui s'y localise. Il illustre son propos par l'exemple, devenu classique, du mariage polygamique : « le mari polygame réclame-t-il le secours de la loi pour exercer en France son autorité maritale sur son troupeau de femmes, on considérera sans doute cette situation comme immorale et on lui refusera ce concours. S'agit-il au contraire d'une question de légitimité d'enfants, d'un différend en matière de succession, d'un point touchant au régime pécuniaire des époux, on ne voit vraiment pas pourquoi l'appui de la justice manquerait alors aux intéressés » (14).

A la même époque, Bartin refusait toutefois de distinguer, en matière d'ordre public, entre la création et l'efficacité des droits. S'appuyant sur l'exemple d'une récupération de créance (création de droit) et sur celui de l'exequatur d'une décision étrangère condamnant au paiement de cette créance (efficacité des droits), il observe que cette distinction peut aboutir à donner des solutions contradictoires à une même question (15).

(11) H. BATIFFOL, « L'œuvre constructrice de la jurisprudence française en droit international privé », *Mélanges Savatier*, p. 78.

(12) Voy. surtout Paris, 2 août 1866, (de Civry), *S.*, 1866, II, 342 et 24 décembre 1866 (d'Almeida), *D.*, 1875, II, 194.

(13) A. PILLET, « De l'ordre public en droit international privé », *Mélanges Pillet*, t. I[er], p. 461.

(14) A. PILLET, *Principes de droit international privé*, n° 286.

(15) E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. I[er], n° 98, p. 262 et *Etudes de droit international privé*, p. 261.

Niboyet a tenu compte des objections de Bartin lorsqu'il a repris la théorie de Pillet sous l'appellation « efficacité internationale des droits définitivement constitués », reconnaissant ainsi le caractère ambigü de l'expression « droits acquis » (16). Cette distinction de l'intensité de l'ordre public selon la situation des droits a influencé certains arrêts de la Cour de Cassation de France (17). M. Batiffol introduisit, à ce moment, l'expression « effets atténués de l'ordre public » dont il attribuait toutefois la paternité à M. Niboyet (18).

III. — La réception de la théorie des effets atténués en Belgique

7. — La doctrine belge s'est montrée ouverte à l'égard de la théorie de l'effet atténué. Philonenko, dans son commentaire de l'arrêt Vigouroux, admettait une distinction spatiale de la réaction de l'ordre public international. Celui-ci est, selon cet auteur, un moyen d'éviter sur les territoires du for des débats scandaleux mais une fois que de tels débats ont eu lieu à l'étranger, l'ordre public international ne peut plus être utilement invoqué (19).

De Vos (20) et Vander Elst (21) retiennent expressément cette distinction en cas d'exequatur. Rigaux accueille la théorie des effets atténués, sans la nommer et en la justifiant par la théorie des droits acquis (22).

Graulich décrit la théorie de l'effet atténué mais il précise que « cet amenuisement de l'ordre public face au droit acquis à l'étranger est difficile à justifier » (23).

(16) J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. III, p. 285, n° 936. Voy. également du meme auteur, V° Droit acquis, *Répertoire de droit international* (par De la Pradelle et Niboyet).

(17) Cass. fr., 11 avril (Bach) et 1er mai 1945, (Schabel), *D.*, 1945, 245, note PLP.

(18) H. Batiffol, *S.*, 1945, I, 121.

(19) M. Philonenko, « Commentaires de l'arrêt Vigouroux », *Clunet*, 1952, pp. 284 et 802.

(20) De Vos, *Le problème des conflits de lois*, I, n° 165.

(21) R. Vander Elst, *Lois de police et de sûreté*, t. Ier, n° 22 en note. Dans *Droit international privé belge*, Conflits de lois, n° 83,2, M. Vander Elst accepte la théorie de l'effet atténué telle qu'elle ressort de la jurisprudence française.

(22) F. Rigaux, *Droit international privé*, t. Ier, 2e éd., nos 518-519,. Dans leur chronique publiée à la *R.C.J.B.*, 1991, p. 148, MM. Rigaux et Van Hecke écrivent que la distinction entre effet plein et effet atténué de l'ordre public est « devenue classique ».

(23) P. Graulich, *Introduction à l'étude du droit international privé*, p. 65.

MM. Van Hecke et Lenaerts considèrent que la théorie fait partie du droit positif mais ne l'abordent que sous l'angle des conditions de l'exequatur (24). Chez ces auteurs, la théorie n'apparait au titre des conflits de lois que sous sa variante allemande de la binnenbeziehung (voy. ci-après n° 10).

Mme Watté accueille expressément la théorie (25).

8. — La jurisprudence belge a également accueilli la théorie des effets atténués.

L'arrêt du 11 mars 1954 de la Cour d'Appel de Gand rappelle le caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public international et précise que « *a fortiori* lorsque la paternité naturelle a déjà été constatée judiciairement à l'étranger, l'ordre public international ne s'oppose certainement pas à la reconnaissance et à l'exécution d'un tel jugement en Belgique » (26). Dans son commentaire, M. Vander Elst souligne que les mots « *a fortiori* » impliquent que la Cour a consacré le principe de l'atténuation des effets de l'ordre public lorsqu'il s'agit simplement de reconnaitre un droit acquis à l'étranger (27).

La Cour d'Appel de Liège, dans l'arrêt *Oum Keltoum* du 23 avril 1970 a très explicitement souligné qu'il y a lieu d'admettre qu'en vertu de la théorie des droits acquis, il peut se produire que l'ordre public tolère la reconnaissance des effets d'une situation juridique née à l'étranger, en l'espèce un mariage polygamique, alors cependant qu'il n'aurait pas toléré la naissance de ce droit en Belgique (28). L'arrêt cite expressément sur ce point l'arrêt *Rivière* de la Cour de cassation française. La distinction entre effets pleins et effets atténués de l'ordre public se retrouve d'une manière générale dans la jurisprudence relative aux effets d'un mariage polygamique (29). Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 26 octobre

(24) G. Van Hecke et K. Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, n^{os} 135 et 334.

(25) N. Watté, « Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé », note sous Cass., 27 février 1986, *R.C.J.B.*, 1989, p. 66, spéc. p. 103.

(26) Gand, 11 mars 1954, *J.T.*, 1955, p. 59.

(27) R. Vander Elst, note sous Gand, 11 mars 1954 précité, *J.T.*, 1955, p. 159.

(28) Liège, 23 avril 1970 (Oum Keltoum), *R.C.J.B.*, 1971, p. 5.

(29) Voy. en général Mercier, *Conflits de civilisation et droit international privé* ; H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *Rec. Cours A.D.I.*, 1991, p.

1983, statuant sur la qualité d'enfant légitime de l'enfant issu d'un deuxième mariage légalement contracté au Maroc alors que le premier mariage n'avait pas été dissous, s'est référé à la nécessité d'une protection des intérêts légitimes d'un enfant qui a régulièrement et valablement acquis la qualité d'enfant légitime à l'étranger (30).

La théorie se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour de Cassation. Ainsi l'arrêt *Anstalt del Sol* retient une violation de l'article 196 L.C.S.C. dès lors que l'arrêt attaqué a déclaré irrecevable l'action en justice de l'Anstalt au motif que, « bien que constituée à l'étranger conformément à la législation en vigueur dans ce pays, elle a été constituée contrairement à l'ordre public international belge » (31). Les mots « bien que » impliquent que la Cour reconnaît une violationde l'ordre public international « même atténué ».

La même observation peut être adressée à l'arrêt *Dhondt* du 25 avril 1982 par lequel la Cour de cassation a reconnu la légalité des effets d'un mariage posthume célébré en France conformément à la loi française (32).

On peut donc conclure que la théorie des effets atténués fait partie du droit positif belge.

9. — L'exception d'ordre public international se retrouve dans tous les systèmes juridiques, avec différentes appellations : « the principle applies everywhere » selon Kahn-Freund (33). Il est donc intéressant de rechercher si les systèmes de droit des pays voisins connaissent une distinction entre effets pleins et effets atténués de l'ordre public international.

10. — En droit *allemand*, on trouve non une théorie des effets atténués mais une « théorie des relations internes » (« Binnenbeziehungs — » ou « Inlandsbeziehungstheorie ») selon laquelle l'ordre public international ne peut intervenir que si l'affaire qui est portée devant le juge présente avec le for un

(30) Bruxelles, 26 octobre 1983, *R.D.E.*, 1984, p. 153.

(31) Cass., 13 janvier 1978, (Anstalt del Sol), *R.C.J.B.*, 1979, p. 40 et note L. GANSHOF.

(32) Cass., 2 avril 1991, (Dhondt), *R.C.J.B.*, 1993, p. 59.

(33) KAHN-FREUND, *Rec. Cours A.D.I.*, 1974, p. 427, cité par G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *op. cit.*, n° 337.

lien qui ne découle pas seulement de la compétence juridictionnelle (34).

M. Rigaux suggère d'accueillir cette théorie en Belgique et certaines décisions en ont déjà fait application (35).

11. — En droit *néerlandais*, on trouve dans deux arrêts du Hoge Raad du 13 mars 1936 une application éclatante de la « Binnenbeziehungtheorie » dans le cas de la fameuse « joint resolution » américaine qui declarait nulles les clauses-or (36). Il s'agissait en l'espèce de deux contrats d'emprunt en dollars placés sur les marchés internationaux et soumis au droit de l'Etat de New York. S'agissant de l'emprunt émis par la Royal Dutch, l'ordre public international s'est opposé à l'application de la « joint resolution » car les titulaires de l'emprunt, les créanciers, avaient une option de place et pouvaient notamment obtenir le paiement aux Pays-Bas. Pour l'emprunt émis par la Bataafse Petroleum en revanche toutes les places de paiement étaients localisées en dehors des Pays-Bas en sorte que l'application de la joint resolution a été admise par le Hoge Raad. Cette distinction fait maitenant partie du droit positif néerlandais tel qu'exposé par Sauveplanne.

12. — Le droit *suisse* admet, comme dans la théorie des effets atténués, que la notion d'ordre public soit interprétée de façon plus étroite dans ce qui est nommé l'application indirecte que dans l'application directe du droit étranger. M. Visscher écrit ainsi qu'il faut admettre un certain affaiblissement de l'ordre public lorsqu'un jugement étranger a déjà produit des effets juridiques étendus et qu'une longue période s'est écoulée entre le jugement et son exécution (37).

(34) G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 2e éd., N° 211.

(35) F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, 2e éd., n° 521 et civ. Bruxelles, 20 novembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 283 (mariage polygamique dans lequel la première épouse a la nationalité belge). En France, cette théorie est largement accueillie par la doctrine contemporaine, voy. P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *Nouveaux itinéraires en droit — hommage à F. Rigaux*, pp. 263 et s., sp. 270, n° 9.

(36) H.R., 13 mars 1936 (Royal Dutch), *N.J.*, 1936, 497 et H.R., 13 mars 1936 (Bataafse Petroleum), *N.J.*, 1936, 506 ; SAUVEPLANNE, *Elementaire internationaal privaatrecht*, 8e éd., p. 85.

(37) F. VISSCHER, *Droit international privé*, p. 28, n° 8. Voy. également A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. II, Personnes, familles, successions, nos 398 et s. à propos de mariages polygamiques.

13. — Le droit *anglais* enfin paraît connaitre la distinction mise en lumière par la théorie de l'effet atténué au moins dans le cas de la reconnaissance des divorces prononcés à l'étranger. Cette reconnaissance est, selon le « Recognition of Divorces and legal separation Act » de 1971, refusée lorsqu'elle est « manifestement contraire à l'ordre public » (38). L'ordre public intervient toutefois peu en droit anglais en raison de la « Foreign Penal Law Theory » et de l'application de la *lex fori* (permanent home) au statut personnel, lieu de prédilection de l'intervention de l'ordre public international. Il faut toutefois rappeler que la doctrine de la binnenziehung a été construite par Kahn à partir de décisions anglaises de la moitié du siècle passé qui, alors que l'Angleterre n'admettait pas l'esclavage sur son territoire, reconnaissait le droit de propriété d'un individu sur les choses acquises par l'esclavage dans un pays qui le tolérait (39).

IV. — Fondement de la théorie des effets atténués

14. — Malgré l'objection de M. Graulich selon laquelle la théorie des effets atténués de l'ordre public international est difficile à justifier (40), deux ordres de justification ont été apportés pour expliquer cette variation des effets de l'ordre public. La première explication est de nature empirique et se réfère au facteur espace-temps ; la seconde explication est de nature théorique et se rattache à la doctrine des droits acquis.

15. — L'explication empirique par le facteur espace-temps est déduite de l'observation selon laquelle, entre l'acquisition en Belgique d'un droit et son acquisition à l'étranger, il y a une différence essentielle dans l'espace et dans le temps qui justifie qu'un traitement différent soit appliqué aux deux situations.

Il y a, en effet, une différence de temps puisque le droit acquis existe déjà. Batiffol et Lagarde indiquent à cet égard

(38) Cheshire and North, *Private international law*, 10e éd., p. 155.

(39) Kahn, cité par P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, p. 59, n° 53.

(40) P. Graulich, *Introduction à l'étude du droit international privé*, p. 65.

que, à partir du moment où la situation acquise à l'étranger a déjà entrainé des conséquences dans les faits, son rejet approche la négation d'un fait et il faut des raisons particulièrement graves pour y conduire au mépris des prévisions des parties (41).

Il y a ensuite une différence de lieu qui est bien exprimée dans la considération déjà évoquée de M. Philonenko sur le scandale à éviter (ci-dessus n° 7). Loussouarn et Bourel soulignent que l'opinion publique est moins sensibilisée à la reconnaissance d'un acte réalisé à l'étranger qu'elle ne le serait à la reconnaissance de la liberté d'accomplir en France, dans la vie internationale, ce qui est prohibé dans la vie interne (42).

16. — L'explication théorique des effets atténués de l'ordre public consiste à justifier ces effets par la doctrine des droits acquis. Selon Rigaux, c'est en effet cette dernière théorie qui motive le traitement différent, par l'ordre public international, des situations déjà constituées de celles dont on demande la création (43).

La théorie des droits acquis a été d'une exceptionnelle fécondité en droit international privé (44). Elle a reçu deux applications générales : celle des territorialistes et celle de Pillet et Niboyet qui ont chaque fois occulté la question centrale consistant à rechercher la loi qui régit la régularité de l'acquisition du droit (ci-après n° 18). La doctrine des droits acquis a toutefois influencé la jurisprudence comme le révèle le célèbre arrêt *Banque ottomane* de la Cour d'appel de Paris (45).

Dans cette affaire, la banque était constituée sous la forme d'une société de droit turc mais son siège se trouvait à Londres. Les actionnaires demandaient l'annulation de résolutions votées par l'assemblée générale au motif qu'elles étaient adoptées en violation du droit français compétent. La Cour de Paris a estimé que le droit international privé de chaque pays

(41) Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7e éd., p. 425, n° 367.

(42) Loussouarn et Bourel, *Droit international privé*, p. 356, n° 239.

(43) F. Rigaux, *Droit international privé*, t. I, 2e éd., n° 518.

(44) M. Ekelmans, « La théorie des droits acquis et son influence en droit international privé belge et français », *Liber Memorialis F. Laurent*, pp. 735 et s.

(45) Paris, 19 mars 1965 (Banque ottomane), *R.C.D.I.P.*, 1967, p. 85 et note P. Lagarde.

n'a le pouvoir de se prononcer que sur des situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêt. Il s'ensuit que le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et ont épuisé leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucune attache avec le for. Cette solution est approuvée par M. Vander Elst qui la justifie par ce qu'il appelle le « principe de la concordance des solutions » (46). M. Droz a montré de façon convaincante que cette solution est davantage justifiée en l'espèce par le fait que, bien que ce moyen n'ait pas été soulevé, les tribunaux français n'étaient en réalité pas compétents (47).

A la différence de ces applications de la théorie des droits acquis, la situation litigieuse ne s'est pas, dans les cas où la théorie des effets atténués de l'ordre public peut être invoquée, constituée irrégulièrement au regard du droit international privé du for. Son extranéïté au regard du for lors de sa constitution justifie non pas la mise à l'écart de la règle de conflit mais la mise à l'écart de l'ordre public du for ou en tous cas de sa rigueur.

V. — Examen de la définition de la théorie des effets atténués

17. — MM. Batiffol et Lagarde préviennent que, serrée de près, la définition de la théorie des effets atténués de l'ordre public international, de même que les éléments de la théorie de la Inlandsbeziehung, présentent « maintes incertitudes et insuffisances » (48). Il est donc intéressant d'examiner les éléments de la définition qu'en a donnée la Cour d'appel de Liège dans l'arrêt *Oum Keltoum* (ci-dessus n° 8) : « la réaction de l'ordre public n'est pas la même selon qu'il s'agit de laisser se produire en Belgique les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé belge ».

(46) R. Vander Elst, *Droit international privé belge*, Conflits de lois, p. 319, n° 75.

(47) G. Droz, « Regards sur le droit international privé comparé », *Rec. Cours A.D.I.*, 1991, IV, pp. 9 et s. spéc. p. 364.

(48) Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, t. I, 7e éd., n° 367, note (8).

— *La notion d'acquisition et d'effets d'un droit acquis*

18. — Déjà dans l'application générale de la théorie des droits acquis, Niboyet avait reconnu l'imprécision de l'expression « droits acquis » employée par Pillet et il avait utilisé les mots « efficacité internationale des droits définitivement constitués » (49).

La formule a changé mais l'imprécision est restée. M. Jambu-Merlin a ainsi relevé que Niboyet n'a pas rencontré l'objection fondamentale qui a trait à l'évolution permanente d'une situation juridique (50). A tout prendre, souligne-t-il, tout est création, tout est efficacité. Conceptuellement, l'acquisition ne peut d'ailleurs se distinguer des effets. M. Franceskakis a montré, dans le cas de l'obligation alimentaire, qu'elle est à la fois, par exemple, *un effet* de la filiation mais également *un droit* tout autant que la filiation elle-même dès qu'elle devient l'objet d'une appréciation juridique (51).

D'une manière plus générale, on connait l'objection selon laquelle seuls les faits peuvent, dans le meilleur des cas, être localisés tandis que les droits ou les situations juridiques ne s'acquièrent ou ne se constituent nulle part : ils résultent de l'application d'une règle à un fait, opération de nature intellectuelle non localisable (52).

M. Jambu-Merlin a suggéré de rencontrer la difficulté en remplaçant la distinction droit acquis — effets du droit acquis par la distinction entre « la situation créée à l'étranger » et « la création dans le territoire du for de nouveaux droits à partir de cette situation ». La solution est ingénieuse car elle rend compte de la réalité de la jurisprudence, par exemple, en matière de polygamie mais elle ne règle pas le problème de la localisation de la situation originaire ni de l'application des effets atténués à la reconnaissance ou à l'exequatur de décisions judiciaires.

(49) J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. III, p. 285, n° 936.

(50) R. Jambu-Merlin, note sous Cass. fr., 28 janvier 1958 (Chemouni), *R.D.C.I.P.*, 1958, p. 110.

(51) Ph. Franceskakis, *La théorie du renvoi*, n° 35.

(52) P. Mayer, *La distinction entre règle et décision*, n° 211 ; Wengler, « La situation des droits », *R.C.D.I.P.*, 1957, p. 186.

Voy. également Level, *Essai de systématisation du conflit de lois dans le temps*, n° 116.

20. — Il faut, dès lors, partir des exemples concrets de la jurisprudence pour rechercher ce critère. On constate que la doctrine des effets atténués a été invoquée dans les affaires de mariage polygamique (53), de répudiation unilatérale (54), lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets de décisions judiciaires à l'étranger (55), d'un mariage posthume célébré à l'étranger (56), d'une société constituée à l'étranger (57), d'une nationalisation décidée à l'étranger (58), bref lorsque la concrétisation, le rattachement de la situation à l'étranger provient de l'intervention d'une autorité publique étrangère (juge, autorité religieuse avec fonction de notaire ou d'officier d'état civil, publication des statuts). C'est la conclusion à laquelle parvient également Mme Jobard-Bachellier dans le cas du principe de « l'actualité » de l'ordre public international qui opère également une distinction entre la création d'un droit et l'efficacité des droits établis à l'étranger (59). Selon cet auteur, c'est l'intervention d'une autorité publique quelconque qui marquera le plus souvent sans ambigüité la volonté d'un système juridique donné de régir la situation en cause. Mme Muir-Watt a défendu la même opinion à propos d'un divorce par consentement mutuel thaïlandais prononcé par simple déclaration devant les autorités consulaires thaïlandaises à Londres (60).

21. — Il convient de noter que, dans le domaine d'application du principe des effets reflexes de l'ordre public, selon

(53) Voy. outre Liège, 23 avril 1970 (Oum Keltoum), cité à la note (28), les décisions citées par N. WATTÉ, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, p. 84 et par P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *Nouveaux itinéraires en droit-hommage à F. Rigaux*, pp. 263 et s.

(54) Voy. notamment Cass. fr. 18 décembre 1979, *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 88 (2e espèce) ; 3 novembre 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, p. 325 (1re espèce) et en général H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *Rec. Cours A.D.I.*, 1991-I, p. 239.

(55) Cass. 10 mai 1990, *Act. du droit*, 1991, p. 191. Voy. également Cass. fr. 4 mai 1965 (Anders), *Bull. civ.*, 1965, I, n° 293.

(56) Cass. 2 avril 1991 (Dhondt), *R.C.J.B.* 1993, p. 59 et note M. VERWILGHEN. La même institution a été rejetée par l'Oberlandsgericht de Karlsruhe, 22 août 1990, *I. Prax*, 1991, p. 251, au motif que la condition de fond imposée par la loi nationale de l'épouse allemande survivante, à savoir le consentement de deux époux en vie, n'est pas remplie.

(57) Cass. 13 janvier 1948 (Anstalt del Sol), cité ci-dessus (4).

(58) Voy. les décisions analysées par BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, t. II, 7e éd., n° 523-1, p. 191.

(59) M.N. JOBARD-BACHELLIER, « V° ordre public international — conditions d'intervention de l'exception », *Jurisclasseur*, droit international, Fasc. 534-3, n° 116.

(60) H. MUIR-WATT, « note sous T.G.I., Paris, 10 mai 1990 », *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 391.

lequel une valeur peut être reconnue à un droit acquis selon l'ordre public local, le même critère de l'intervention d'une autorité publique est utilisé. Ainsi, dans le cas toujours cité de la reconnaissance en France des effets du mariage civil de Polonais en Belgique en violation de la loi polonaise qui prohibait à l'époque le mariage non religieux, une autorité publique a fait acquérir le droit dont peuvent se prévaloir en France les époux polonais (61).

22. — L'explication se heurte cependant à des cas-limites. Ainsi, dans le cas d'un arbitrage réellement international et donc rendu par un arbitre qui n'a pas d'attache avec un for étatique, il n'y a pas semble-t-il d'attache avec un système juridique déterminé ni donc de constitution d'une situation à l'étranger (62). La distinction serait impraticable entre les effets pleins et les effets atténués de l'ordre public international. Ainsi également, dans le cas d'une convention avant divorce réglant la garde et la pension alimentaire, Wiederkehr, peut-il poser la question de savoir si le droit est acquis au moment de la convention ou au moment du divorce (63).

— *L'absence de fraude et le contrôle de la loi appliquée*

23. — Il y a, et ce n'est pas étonnant, une parenté évidente entre ces deux conditions et celles que l'arrêt *Munzer*, celui-là même qui a consacré l'appellation « effet atténué » de la théorie en jurisprudence, pose pour l'exequatur en supprimant, en droit français, le droit de révision des jugements étrangers (ci-dessus n° 4). On peut donc en déduire une *analogie*, pour la jurisprudence française, entre l'exécution d'une décision étrangère et l'accueil d'un droit acquis à l'étranger, la première situation étant en quelque sorte considérée comme un cas particulier du problème plus général de la reconnaissance des droits acquis.

A partir du moment où l'article 570 C.J. ne retient pas la condition de contrôle de la loi appliquée (et n'a pas supprimé

(61) Seine, 15 février 1922, *Clunet*, 1922, p. 357.

(62) M.N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, *Jurisclasseurs, Droit international*, n° 50 et Cass. fr. 19 novembre 1991, *D*, 1991, inf. rapides, p. 281.

(63) WIEDERKEHR, « note sous Cass. fr. 7 novembre 1972 (Todorovitch) », *R.C.D.I.P.*, 1973, p. 691.

la révision au fond) on pourrait douter de la nécessité de cette condition en droit belge. Elle demeure cependant indispensable pour déterminer la loi qui définit si le droit a été acquis régulièrement.

24. — Le contrôle de la fraude comporte en lui-même le contrôle de la compétence de l'autorité étrangère. Mme Watté observe que ce contrôle est d'ailleurs le point de rencontre de ces deux théories dérogatoires que sont l'exception d'ordre public international et la fraude à la loi (64). Un arrêt *Bairouk* de la Cour d'appel de Paris illustre ce contrôle de la compétence de l'autorité étrangère à propos d'une répudiation musulmane par déclaration unilatérale du mari reçue au Maroc par deux Adouls et homologuée par un Cadi (65). La Cour relève que le comportement adopté par le mari marque son intention d'éluder l'application de la loi française sur le divorce et refuse la reconnaissance de cette répudiation pourtant acceptée dans son principe par la Cour de Cassation de France dans un arrêt postérieur. M. Fadlallah a souligné que, dans l'affaire soumise à la Cour de Paris, il s'agissait d'une « fraude à l'intensité de l'exception de l'ordre public » car le mari a tenté d'échapper à l'intervention de l'ordre public avec son plein effet en France (impossibilité de répudier) en se rendant au Maroc alors que le couple vivait en France et qu'une procédure en divorce y avait été entamée (66). La formule est frappante mais inexacte, la fraude consistant en l'espèce dans une attribution abusive de compétence aux autorités judiciaires et religieuses marocaines.

— *Les effets atténués*

25. — L'expression « effet atténué » est défectueuse. On sait que les effets de l'ordre public international sont des effets négatifs. Dans le domaine des conflits de lois, il s'agira de l'éviction de la loi étrangère avec, éventuellement, application corrélative de la *lex fori* ou, selon Rigaux (67), d'une disposition plus adéquate de la loi étrangère. Dans le domaine des

(64) N. Watté, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, p. 81, n° 20.
(65) Paris, 6 juillet 1982 (Bairouk), *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 336.
(66) I. Fadlallah, « note sous Paris, 6 juillet 1982 (Bairouk) », *loc. cit.*
(67) F. Rigaux, *Droit international privé*, t. I^er^, 2^e^ éd., n° 524.

conflits de juridiction, il s'agira du refus de reconnaître ou d'exécuter une décision étrangère. Ces effets négatifs sont identiques qu'il s'agisse d'une situation constituée à l'étranger ou d'une situation à créer. Comme le dit M. Mayer, la loi normalement compétente est écartée ou ne l'est pas et il n'est pas question de retenir une solution intermédiaire (68).

On peut citer, en ce sens, les décisions qui écartent la loi étrangère ou la décision étrangère en raison d'une violation de l'ordre public international « même atténué » (69).

L'effet de l'ordre public est donc toujours le même. Ce qui est atténué c'est sa rigueur lorsqu'il s'agit d'apprécier une situation déjà créée à l'étranger.

26. — Le degré de l'atténuation n'est pas quantifiable. On sait uniquement que l'ordre public n'intervient pas avec ses effets pleins sans pour autant avoir des effets nuls. La proportion de son intervention reste une question d'appréciation concrète. De même qu'il ne serait pas possible de définir *a priori*, parmi les dispositions d'ordre public interne, celles qui sont d'ordre public international (70), il n'est pas possible de dresser la liste des dispositions d'ordre public international qui seraient tellement fondamentales qu'elles pourraient intervenir même au stade de l'efficacité des droits déjà acquis.

27. — A la différence de l'ordre public international dans sa variante pleine, l'ordre public international atténué n'a que des effets négatifs. Il n'est question que de l'inopposabilité de l'acte ou de la décision et non de son remplacement par une nouvelle décision émanant du for.

L'effet négatif de l'ordre public international dans sa variante atténuée n'est pas comme l'a prétendu de manière paradoxale M. Lequette (71) d'exclure la *lex fori* mais de faire obstacle à une situation étrangère qui peut se présenter comme question préalable pour l'application des droits prévus par la *lex fori*.

(68) P. Mayer, *Précis de droit international privé*, 3° éd., p. 133, n° 213.
(69) Voy. par exemple, Cass. fr., 30 janvier 1979, (Bayar), *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 629.
(70) F. Rigaux, *Précis de droit international privé*, p. 233, n° 65 et B. Audit, *Droit internati prive*, p. 265, n° 309.
(71) Y. Lequette, *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 72.

— *Champ d'application de la théorie*

28. — D'après M. Franceskakis, le domaine du statut personnel délimiterait le champ d'application du principe de l'effet atténué (72). Il est vrai que c'est dans ce domaine que la distinction entre, d'une part, l'acquisition et la constitution d'état et, d'autre part, les effets de cette constitution est la plus praticable mais, hormis cette justification, il n'y a pas de raison à limiter le champ d'application de la théorie. La jurisprudence et les auteurs qui ont abordé cette question n'ont d'ailleurs pas accueilli cette limitation (73).

29. — La théorie des effets atténués connait toutefois une limitation car elle ne s'applique pas, en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires, à l'ordre public procédural. Il en est ainsi en particulier de la vérification du respect des droits de la défense dans la procédure qui a abouti à la décision dont la reconnaissance ou l'exequatur est demandé (74).

VI. — Explication de la théorie

30. — Au-delà des fondements empiriques et théoriques évoqués ci-dessus (n° 14), M. Lagarde a proposé d'expliquer la théorie des effets atténués par la question préalable (75). Il écrit ainsi que lorsqu'un juge saisi d'une situation de droit international privé est amené à appliquer une loi étrangère à une question préalable (par exemple la qualité de 2e épouse) à une question principale qu'il doit trancher (sa vocation successorale par exemple), il ne peut écarter cette loi au nom de l'ordre public international *que si* la solution de la question principale avait été attribuée à la loi interne du for par le droit

(72) Ph. Franceskakis, « V° ordre public », *Rep. Dalloz, Droit international*, n° 69.

(73) L. Ganshof, « note sous Cass. 13 janvier 1978 », *R.C.J.B.*, 1979, p. 40 ; M.N. Jobard Bachellier, *Jurisclasseur Droit international*, V° ordre public — conditions de l'exception, Fasc. 534-4, n° 50 ; P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles*, n° 256 (à propos de cette Convention qui exclutprécisément dans sa rédaction actuelle l'état et la capacité).

(74) Voy. aussi, Cass. 10 mai 1990, *Act. du droit*, 1991, p. 191 qui, dans le cadre d'une procédure d'exequatur, n'a pas repris la formule de l'arrêt Anstalt del Sol (ci-dessus note (4)) à propos d'une disposition du code de procédure civile grec sur le défaut ; voy. également Y. Lequette, note sous Cass. fr. 30 janvier 1979 (Bayar), *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 635.

(75) P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, pp. 73 et s.

international privé du for. Cette explication est justement rejetée par M. Rigaux qui souligne que l'atténuation de l'intervention de l'ordre public international ne dépend pas de la qualification de « question préalable » (76). M. Van Houtte a exposé la même critique (77).

31. — M. Droz a, quant à lui, justifié le respect des situations acquises par la distinction entre for de raisonnement et for de jugement (78). Comme dans la « foreign court theory », le juge saisi copie la solution qui serait donnée dans le système juridique primairement désigné. Cette explication ne permet cependant pas de justifier le recours à l'exception d'ordre public qui n'aurait plus de sens dans un système où le juge saisi devrait accepter intégralement les institutions juridiques étrangères.

32. — En réalité, il faut considérer que les effets atténués, de même que la Binnenbeziehungstheorie, ne constituent qu'une modalité de l'appréciation *in concreto* de l'exception d'ordre public international. La théorie des effets atténués ne constitue d'ailleurs pas une règle. Elle n'est pas systématiquement invoquée lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets d'une situation constituée à l'étranger. Elle doit être analysée en un critère permettant au juge de motiver son appréciation concrète de l'exception d'ordre public.

33. — Cette analyse est confortée par l'arrêt *Dhondt* par lequel la Cour de Cassation a introduit une idée nouvelle selon laquelle « le juge ne doit vérifier la compatibilité avec l'ordre public international que des seuls effets juridiques susceptibles d'être produits par la règle de droit étranger déclarée applicable » (79). La Cour a, à cette occasion, puisé son inspiration dans le commentaire de M. Van Hecke sur l'arrêt *Oum Keltoum* (80).

(76) F. Rigaux, *Droit international privé*, t. I[er], 2e éd., n° 519.

(77) H. Van Houtte, « Openbare ordre als beletsel voor de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen », *R.W.*, 1973-1974, Col. 741 et s ; spéc. 750.

(78) G. Droz, « Regards sur le droit international privé comparé », *Rec. Cours A.D.I.*, 1991, IV, p. 9.

(79) Cass. 2 avril 1991 (Dhondt), *R.C.J.B.*, 1993, p. 59.

(80) G. Van Hecke, « note sous Liège 23 avril 1970 (Oum Keltoum) », *R.C.J.B.*, 1971, p. 5.

Le principe de l'appréciation concrète de l'exception d'ordre public n'est pas contesté. On le retrouve sous la plume de M. Lagarde lorsqu'il écrit que l'ordre public est une exception à la règle générale dans un cas particulier, compte tenu des circonstances concrètes de l'espèce qui permettent de mesurer les liens plus ou moins grands de la situation avec l'ordre public du for (81).

La distinction entre les effets pleins et les effets atténués de l'ordre public perd sa raison d'être dans un monde où les communications sont devenues plus rapides et plus faciles. Le facteur du temps et de l'espace n'a plus la même importance comme l'illustre l'affaire *Rabbi* à propos de laquelle M. Fadlallah avait évoqué une fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public (ci-dessus n° 24). Ceci explique le glissement qui s'opère à partir d'une appréciation concrète selon le facteur espace-temps vers une appréciation concrète selon que la situation présente des liens étroits avec le for, en particulier du fait de la nationalité des parties en matière de statut personnel (82).

Marc Ekelmans,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique

(81) P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public* ; voy. également N. WATTÉ, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, p. 100, n° 53 et s.

(82) Voy. aussi Cass. fr. 1.4.1981 (Ituralde de Pedro), *Clunet*, 1981, p. 812 déclarant contraire à l'ordre public international la loi espagnole prohibant le divorce alors qu'en l'espèce le demandeur a la nationalité française et est domicilié en France.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES : L'ORDRE PUBLIC ENTRE HÉTÉROGÉNÉITÉ ET HOMOGÉNÉITÉ (*)

PAR

Alain-Charles VAN GYSEL

Chargé de cours
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Premier assistant
Chargé de recherches
au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocat

ET

Jean-François ROMAIN

Assistant
à la Faculté de droit de l'U.L.B.,
Chercheur au Centre de droit privé
et de droit économique,
Avocat

(*) Cette conclusion a été établie par Romain, J.-Fr. (spécialement la partie V), et Van Gysel, A.-C. (spécialement les parties I, IV et VI), avec les conseils de Puttemans, A., Simonart, V. et Ekelmans, M., lequel est également l'auteur des parties II et III.

I. — Introduction

Le Centre de droit privé et de droit économique s'est avancé sur une voie bien périlleuse lorsqu'il a choisi l'ordre public comme sujet de sa recherche collective, et chacun des huit chercheurs engagés dans l'entreprise en a ressenti la difficulté (1).

La synthèse des diverses contributions semble dans ces conditions relever de la témérité ou de l'exercice de style.

Il nous a paru cependant qu'au travers des différentes contributions, une question fondamentale émergeait : existe-t-il réellement « quelque part » (2) un ordre au sens logique du terme, une structure idéologique qui soutiendrait, du point de vue juridique, la vie économique, politique et sociale des Belges, pour reprendre ainsi la définition classique de l'ordre public, consacré par la Cour de cassation (3) ?

Une réponse positive à cette question n'est pas autre chose que l'affirmation d'une homogénéité fondamentale de la notion d'ordre public au sein de notre droit privé.

Si non, il n'y aurait que des règles d'ordre public, des normes dont, on ne sait pourquoi, le juge (ou plus rarement le législateur) décide qu'elles revêtent certaines particularités, parce qu'elles sont particulièrement « importantes ».

La notion d'ordre public est, dans cette optique, une notion fonctionnelle, instrumentale : les règles d'ordre public sont celles qui ont telles qualités techniques, rien de plus.

Et toute recherche d'une architecture logique et cachée est dès lors vaine.

C'est la thèse de l'hétérogénéité de l'ordre public.

Il est aussi une autre question : l'ordre public connaît-il des dégrés bien superposés, a-t-il un « centre », un « noyau dur »

(1) Voy. Limpens, A., « Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé », n° 1.

(2) Cf. le poème de Mallarmé, S., *Un coup de dé jamais n'abolira le hasard* : « Sauf, peut-être, quelque part, sur une surface vacante et supérieure... ».

(3) Voy. l'arrêt du 9 décembre 1948 (*Pas.*, I, p. 699), et les arrêts postérieurs, notam. Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 884.

autour duquel viendraient se déposer en couches successives les normes auxquelles un caractère de moins en moins « public » serait reconnu ? Ou bien cette recherche de l'appréciation des intensités est-elle vaine ?

On s'aperçoit immédiatement qu'une telle question est déterminée par la réponse donnée à la précédente : s'il n'y a pas d'ordre matériel, alors il ne saurait être question de poursuivre une étude topologique de la stratification de l'ordre public : il n'y a que des instruments à effet plus ou moins grand.

Notons qu'une réponse positive à la première question n'implique cependant pas la même réponse à la seconde : il se pourrait, théoriquement, qu'une structure existe, mais qu'elle ait dans l'ensemble de son domaine la même intensité, ou que ces différences d'intensité s'expliquent par d'autres raisons que l'importance du principe protégé.

Disons-le d'entrée de jeu : au travers de leurs contributions respectives, les chercheurs du Centre se sont partagés entre la thèse de l'homogénéité et celle de l'hétérogénéité de l'ordre public.

La thèse de l'hétérogénéité sera d'abord exposée, tant en ce qui concerne l'inexistence d'une structure fondamentale de notre droit à ce sujet (partie II), que ce qui tient à la critique des fondements théoriques de la conception kelsénienne appliquée à l'ordre public (partie III).

Suivra l'exposé de la théorie inverse de l'homogénéité, de nouveau développée sous ses aspects « structurels » (partie IV) et « théoriques » (partie V).

II. — Hétérogénéité de l'ordre public

A. — *Remarques générales*

La doctrine classique souligne l'hétérogénéité de la notion d'ordre public. Selon cette doctrine, dans chacune de ses interventions, l'ordre public traduit des règles différentes et a un contenu différent.

Ainsi l'ordre public au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil ne correspond pas à l'ordre public au sens des

articles 138 et 139 du Code judiciaire dont l'acception est plus restrictive puisque l'intervention d'office du ministère public requiert non seulement la violation d'une disposition d'ordre public mais également la mise en péril de l'ordre public « par un état de chose auquel il importe de remédier » (4). L'ordre public a également sa portée propre en droit transitoire lorsqu'il permet d'appliquer une loi nouvelle aux conséquences à venir des contrats antérieurs à sa promulgation. Il a encore une portée différente, en principe beaucoup plus restreinte, lorsqu'il est évoqué pour faire échec à l'application d'une loi étrangère ou à la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère. Dans ces différentes acceptions, insistent MM. Batiffol et Lagarde (5), « il s'agit en réalité de quatre règles différentes ayant leur domaine propre et l'expression d'ordre public n'est qu'une analogie trompeuse » (6).

On peut dès lors se demander si, dans les conclusions, l'impasse peut être faite sur l'hétérogénéité de la notion d'ordre public avec la conséquence qu'en définitive une comparaison serait opérée entre des notions fondamentalement différentes qui n'ont en commun que leur homonymie. On ne peut ainsi expliquer pourquoi des règles qui ne sont pas considérées comme d'ordre public en droit interne se voient reconnaître cette qualité lorsqu'il s'agit de l'exception d'ordre public international (7).

S'agissant de l'ordre public au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, la définition de la Cour de cassation dans son arrêt de principe de 1948 est certes limitée à cette seule hypothèse, mais elle n'est cependant pas l'unique. Une contribution a ainsi examiné le cas où la violation de l'ordre public ne résultait pas de la contrariété à une loi d'ordre public mais d'une contrariété à une loi prohibitive étrangère. Ce dernier exemple démontre que la définition de l'ordre public au sens des articles précités du Code civil ne peut se limiter à une réfé-

(4) Cass., 29 novembre 1972, *Pas.*, 73, I, p. 306.

(5) *Droit international privé*, t. I, 7ème éd., n° 365, p. 423.

(6) Voy. également dans le même sens DE PAGE, t. I, 2ème éd., n° 91*bis*, p. 109 et N. WATTÉ, « Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé », *R.C.J.B.*, 1989, pp. 66 et s., spéc. p. 72.

(7) Hypothèse célèbre de l'article 1382 du Code civil citée par le procureur général Hayoit de Termicourt dans ses conclusions avant Cass., 17 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1114.

rence à la loi qui, étant elle-même d'ordre public, entraîne, par sa violation, une contrariété à l'ordre public. Il y a, en d'autres termes, des situations où le juge annule une convention directement sur la base des dispositions précitées du Code civil et non indirectement par référence à la loi d'ordre public qui a été violée. C'est le cas, par exemple, des conventions de contrebande visant à violer une loi douanière étrangère : il n'y a pas de loi belge douanière violée, la loi douanière étrangère n'est pas applicable et le juge annule néanmoins la convention sur la base de la loi belge, loi du contrat, parce qu'il considère qu'une telle convention viole l'ordre public.

Un autre exemple est fourni par l'absence de distinction, dans la jurisprudence, entre l'ordre public et les bonnes mœurs (8), ces deux concepts pouvant être considérés comme synonymes. Or, le concept de « bonnes mœurs » est clairement détaché de toute référence à la violation d'une loi à intensité particulière.

On peut, dès lors, croire qu'il serait réducteur, dans des conclusions, de n'envisager l'ordre public que sous l'angle des dispositions d'ordre public et de passer corrélativement sous silence le rôle de clause de réserve que joue cette notion dans les différents domaines de son intervention.

B. — *Ordre public, notion fonctionnelle*

L'idée d'un « noyau dur » de l'ordre public dans toutes ses manifestations est certes intellectuellement séduisante et peut être tenue pour exacte si l'on réduit ce noyau dur à quelques principes généraux liés aux droits de l'homme. Encore faut-il cependant s'interroger, au-delà d'une simple affirmation, sur la portée réelle d'un tel contenu et les critères nécessaires à le déterminer. Il est vrai que l'on peut, *a posteriori*, classer certaines interventions de l'ordre public par référence à des principes humanitaires. La doctrine est généralement assez d'accord sur ce point mais ne s'est jamais risquée à opérer d'elle-même, sans référence à des précédents tirés de la jurisprudence, un classement *a priori*. En pratique, il n'est d'ailleurs pas si fréquent que l'ordre public soit invoqué pour cause de

(8) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101.

violation directe d'une disposition des instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme (Convention européenne, Pactes de New York, Constitution). Les hypothèses concrètes tirées de la jurisprudence ne sont pas en ce sens : ou bien elles ne font pas intervenir de droits de l'homme (9), ou bien elles mettent en jeu différents droits fondamentaux (nationalisation : souveraineté, droit à la propriété ; avortement : droit à la vie, droit à une vie familiale, liberté individuelle...). On peut ainsi douter qu'il soit possible de pratiquer cette définition : qu'en est-il de la bigamie au regard des droits de l'homme ; qu'en est-il, par exemple de la faveur faite au mariage alors que selon certains le concubinage devient lentement une forme alternative équivalente au mariage ? Ce caractère non praticable de la définition explique que, dans le domaine du droit international privé, les tentatives de Niboyet, Rolin, Yasseen et d'autres pour construire un « ordre public réellement international » sont demeurées des explications partielles même si elles sont importantes.

Lerebours-Pigeonnière rappelait à cet égard (10) que l'exception d'ordre public international (pour prendre cet exemple) remplit en réalité deux fonctions : d'une part, elle constitue un moyen de défense contre les lois étrangères qui heurtent une conviction commune, soit une sorte de « droit naturel » et, d'autre part, elle intervient aussi pour sauvegarder une politique législative. MM. Batiffol et Lagarde concluent la fine analyse qu'ils consacrent à cette question en notant que « cette double fonction explique le caractère incertain et difficilement prévisible de l'intervention de l'ordre public » (11).

Le corollaire d'un « contenu réel » ou « matériel » de l'ordre public est nécessairement un inventaire au moins du « noyau dur » ou, dans tous les cas, la définition des critères. Voilà un exercice auquel même la doctrine exégétique n'a jamais osé se

(9) L'intervention de l'ordre public, par exemple de l'ordre public international, n'étant justifiée que par la volonté de maintenir une politique législative contingente, par exemple le principe de l'universalité de la faillite, Comm. Bruxelles, 18 juin 1965, *J.C.B.*, 1968, p. 161 et note R. VANDER ELST.

(10) Voy. son opinion reprise par BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, t. 1er, 7ème éd., n° 358, p. 415.

(11) Voy. également en ce sens WATTÉ, N., *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1989, p. 94, n° 42.

livrer. S'agissant de l'ordre public au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, De Page observe qu'une « définition par voie d'expression générale ou par voie d'énumération limitative est réellement impossible » et il ne livre qu'un relevé exemplatif des dispositions qualifiées d'ordre public *par la jurisprudence* (12). Il reprend et développe la même observation en ce qui concerne la notion, devenue synonyme, de « bonnes mœurs » (13). M^me^ Watté (14) considère de même que l'ordre public est une notion « dont il est impossible de donner une définition abstraite satisfaisante », le champ étant « laissé à la libre recherche du juge ».

Qui d'autre que le juge pourrait, d'ailleurs, apprécier ce lien avec l'état social de la nation ? Si le législateur a recours à des notions telles que l'ordre public et les bonnes mœurs, c'est précisément, à cause de leur indétermination, pour laisser au juge un pouvoir d'appréciation (15).

Il est vain de craindre, dans ce contexte, que le juge qui exciperait arbitrairement de l'ordre public international ne serait pas censuré par la Cour de cassation au motif qu'il s'agirait d'une question mélangée de fait et de droit. L'exception d'ordre public international fait partie intégrante de la règle de conflit, laquelle ouvre évidemment un moyen de cassation (16). La jurisprudence française est également clairement en ce sens puisque la Cour de cassation de France se reconnaît le droit, d'une part, de vérifier si les juges du fond ont interprété comme ils le devaient, le droit français dans ses exigences d'ordre public international et, d'autre part, de censurer le juge du fond pour n'avoir pas mené à bien la confrontation entre les principes d'ordre public international et le résultat de l'application de la loi étrangère (17).

La crainte d'un usage arbitraire des pouvoirs du juge manque d'ailleurs en fait puisque l'on constate, en jurisprudence,

(12) *Ibidem*, n° 91.
(13) *Ibidem*, n° 92.
(14) *Ibidem*, n° 22, p. 82.
(15) PERELMAN, *Logique juridique*, n° 28, p. 35.
(16) Voy., parmi une abondante jurisprudence, Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 835 et Cass., 27 février 1986, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 56 et s., spéc. p. 61.
(17) Voy. notam. M. N. JOBARD-CHEVALLIER, V° Ordre public international, *Juris-Classeur*, Droit international, Fasc. 534-3.

un recul du recours à l'exception d'ordre public international pour des raisons diverses qu'il n'y a pas lieu de développer ici.

Faut-il, enfin, relever que la discussion de la distinction entre l'exception d'ordre public international au sens plein et au sens atténué n'implique pas l'exclusion de distinctions au sein de l'ordre public. Au contraire, l'ordre public, en fin de compte, se révèle comme une dénomination recouvrant des fonctions distinctes, à l'intérieur desquelles des gradations pourraient être opérées.

III. — Observations sur la théorie moniste de l'ordre public

Selon la théorie moniste ou homogène de l'ordre public, une approche fonctionnelle, entendue comme celle qui permet de qualifier les normes revêtant une importance particulière dans la hiérarchie, peut se revendiquer de Kelsen. Selon cette thèse, l'ordre public comporterait, dans son noyau central, une dimension d'intangibilité qui s'impose même au législateur.

Le mariage entre la hiérarchie des normes et l'intensité de celles-ci est intéressant mais on peut douter qu'il soit fécond puisque le premier principe est vertical (il organise les règles de haut en bas, depuis la norme fondamentale jusqu'à la décision d'application concrète) et le second est horizontal (il identifie parmi des dispositions de même rang, en principe la loi, celles auxquelles, pour prendre l'exemple de l'ordre public au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, l'on peut conventionnellement déroger). En outre, cette union ne prend pas en compte les dimensions de l'ordre public déjà évoquées ci-dessus, qui se détachent de l'ordre public au sens strict.

De plus, l'ordre public peut difficilement être qualifié d'intangible. De quel ordre public s'agirait-il d'ailleurs ?

Certainement pas de l'ordre public dans les différentes fonctions rappelées ci-dessus puisqu'elles ont toutes leur origine dans la loi. Il y a là une confusion entre l'instrument, l'ordre public, et les raisons de son intervention, et là on peut constater qu'en effet certaines décisions invoquent l'ordre public

dans des hypothèses qui se rattachent à des principes généraux liés aux droits de l'homme.

Telle est la thèse des tenants de l'hétérogénéite de la notion d'ordre public.

IV. — Homogénéité de l'ordre public

A. — *L'ordre public, structure cachée*

A côté de cette thèse classique, il a paru aux auteurs de cette conclusion que l'on pouvait trouver dans les contributions de plusieurs participants les éléments d'une réponse différente à la question fondamentale posée par cette étude collective : ordre public, notion homogène ou hétérogène ?

Les auteurs de cette conclusion pensent en effet qu'il est possible de discerner un contenu matériel, à tout le moins minimal, à l'ordre public.

La variabilité que l'on observe lorsque l'on étudie cette notion provient d'autres facteurs, au premier rang desquels il faut ranger le foisonnement des effets différents de l'ordre public, suivant la matière considérée (18).

En d'autres termes, non seulement l'ordre public ne se réduit pas à une notion fonctionnelle, mais encore le concept est-il rétif à une analyse sous l'angle des effets, sauf à en faire une panoplie sans consistance logique.

Selon cette seconde théorie, on trouverait donc dans notre droit un ordonnancement hiérarchisé des règles, non seulement selon l'autorité qui les crée (19), mais encore en raion de l'importance sociale attribuée à l'intérêt (au sens large) protégé par la norme considérée.

Et les conséquences de cette importance se présentent sous des aspects très divers, afin de répondre aux besoins spécifi-

(18) Les autres facteurs tiennent à des lacunes, hélàs de plus en plus fréquentes, dans l'élaboration de la loi, et à l'évolution des sociétés dans le temps et l'espace : le contenu de l'ordre public d'un Etat particulier peut être déterminé dans ses lignes fondamentales à un moment donné, ce qui ne signifie pas que ce contenu se retrouvera à l'identique dans un autre système juridique ni qu'il se maintiendra sans évolution.

(19) Cette hiérarchie des normes est évidente, et ressort notamment de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives du travail et les commissions paritaires, et, bien entendu, de l'article 159 (107 ancien) de la Constitution.

ques de protection de l'intérêt jugé important, dans des situations elles-mêmes très diverses.

Cet ordonnancement est-il concentrique ?

En d'autres termes, les normes qui se trouvent le plus au centre de l'ordre public revêtent-elles toujours des effets plus intenses que celles qui se trouvent à la périphérie, de sorte qu'un ordre régulier puisse être discerné ?

La réponse doit être ici plus nuancée : si, aux yeux des auteurs de cette conclusion, il existe une stratification de l'ordre public autour d'un « noyau dur », cette structure en couches, qui se retrouve dans chaque matière, varie selon le cas quant au nombre et aux distinctions entre les degrés.

Cette variation une fois encore, est liée, non au contenu de l'ordre public, mais à ses effets.

Il paraît, enfin, qu'une vision purement fonctionnelle de la notion d'ordre public rendrait fragile la place donnée dans notre droit aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, puisqu'elle en ferait un instrument docile laissé à la discrétion du législateur, voire du juge.

B. — *Il existe une structure logique à la base de l'ordre public*

La contribution qui ouvrait ce cycle d'études (20) prend franchement position en faveur de l'existence d'une structure logique à la base de la notion d'ordre public.

Elle se conclut en effet sur les affirmations suivantes : « L'ordre public n'est pas que contingence pure. Il n'est pas que cet outil normatif purement instrumental, à contenu et à géométrie variable, notion simplement fonctionnelle et relative ».

« Il est au centre de l'ordre public une composante fondamentale, charte des droits et des libertés individuelles premières et des principes généraux du droit à la base de l'ordre juridique et politique de l'Etat de droit, qui constitue par définition la pierre angulaire de tout Etat démocratique » (21).

(20) ROMAIN, J.-Fr., « L'ordre public (notion générale en droit civil) et les droits de l'homme ».

(21) ROMAIN, J.-Fr., *op. cit.*, n° 25.2.

En d'autres termes, l'armature interne qui structure l'ordre public existe, et ce sont les droits de l'homme.

Nathalie Massager et Alain-Charles Van Gysel (22) partagent manifestement ce point de vue, puisqu'on peut lire sous leur plume : « (...) On observe que la loi a instauré en droit des personnes, un ordre véritable qui repose sur un agencement de règles qui ressortissent à l'ordre public et participent d'une série de concepts-phares, tels l'égalité des époux, la faveur faite au mariage, l'intérêt supérieur de l'enfant, l'égalité entre les enfants nés dans et hors mariage... » (23).

Il est à noter que plusieurs de ces concepts recoupent les droits de l'homme, tout comme Jean-François Romain relevait, parmi les droits de l'homme, ceux qui ressortissent au droit familial (24), tels le droit de se marier, le droit à une vie familiale et le principe d'égalité quant à l'accès à ces droits (25). Il y a ici une convergence visible entre ces auteurs.

Valérie Simonart (26) semble plus sceptique. Après avoir constaté que « la principale difficulté en droit civil consist(e) à déterminer le caractère impératif ou d'ordre public de chaque règle particulière », elle relève que « le même type de difficulté se pose en droit des sociétés », d'autant plus que « le législateur a manifestement mêlé des considérations de protection des associés ou de la société, ou de la société et des tiers dans certaines dispositions ». Et indique que, selon elle, « loin d'être gênante, une telle interpénétration des cercles d'intérêts protégés et des degrés de l'ordre public traduit la *recherche d'un équilibre* (27) toujours délicat entre les préoccupations individuelles, sociétaires et tierces ». Une classification des normes de droit des sociétés peut néanmoins être tentée, mais uniquement « dans l'état *actuel* (28) du droit positif ».

(22) MASSAGER, N. et VAN GYSEL, A.-C., « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes ».

(23) MASSAGER, N. et VAN GYSEL, A.-C., *op. cit.*, IV.

(24) ROMAIN, J.-Fr., *op. cit.*, n° 23.1.

(25) Voy. notam. les articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(26) SIMONART, V., « L'ordre public et le droit des sociétés », spécialement n° 41.

(27) Nos italiques.

(28) Nos italiques.

Anne Limpens (29) semble plus dubitative encore : elle relève que « l'ordre public est une notion en constante mutation », « a un contenu qui peut varier d'un droit à l'autre », et « est protéïforme et envahissante ».

Cependant, il paraît aux auteurs de cette conclusion que le contenu de son étude plaide plutôt en faveur de l'existence d'un contenu matériel de l'ordre public.

Ainsi, si l'ordre public est en constante mutation, notamment au sujet des dispositions à titre gratuit entre concubins (exemple choisi par l'auteur), n'est-ce pas la démonstration qu'il est la projection dans l'ordre juridique des bases sociales et morales des pays dont question, bases qui se sont précisément modifiées ces dernières années (la famille issue du mariage devenant une des modalités de la vie sociale, le concubinage devenant lentement une forme alternative équivalente) ?

Quant à la variabilité dans l'espace, elle appelle deux remarques.

Tout d'abord, ne serait-il pas normal que le contenu de l'ordre public varie d'un pays à l'autre, si l'état social varie lui aussi ?

Mais, surtout, la lecture du texte d'Anne Limpens montre au contraire que, dans des pays à l'état social similaire, les règles tendent au même effet (l'inefficacité des conventions, lorsqu'elles sont obtenues par un abus de la situation de faiblesse d'un des cocontractants). Certes, la nature des instruments juridiques mis en œuvre pour y arriver est différente, mais cette considération est étrangère au contenu du principe à sauvegarder, elle paraît liée au caractère « non-fonctionnel » de l'ordre public (voyez ci-dessous).

Enfin, l'ordre public est dit par Anne Limpens protéïforme. Cela est vrai, mais de nouveau, cela tient aux effets, au « fonctionnement » de l'instrument, non à son contenu : l'analyse des clauses de non-concurrence réalisée par l'auteur montre encore une fois, parce qu'il s'agit de pays dans une situation économique semblable, une convergence du contenu de l'ordre public en la matière, convergence qui s'accuse dès lors que les écono-

(29) LIMPENS, A., *op. cit.*, n^{os} 12 et s.

mies s'interpénètrent de plus en plus dans l'ordre économique mondial (30).

Affirmant l'homogénéité de la notion d'ordre public, la thèse ici exposée critique celle qui en remet l'application aux lumières du magistrat, en fonction des circonstances concrètes de la cause qu'il a à juger, et qui a été exposée par Marc Ekelmans, tant dans ses contributions (31) qu'au sein de la présente conclusion, dans les deux parties qui précèdent.

Plusieurs objections y sont faites.

La première est d'ordre logique : s'il est impossible de déterminer *a priori* le caractère d'ordre public (éventuellement international) d'une norme, comme on peut en toute logique le faire si le contenu matériel de l'ordre public peut être déterminé par tout acteur du monde juridique dès avant le début du processus judiciaire, alors comment le juge y parviendrait-il lorsqu'il statue ?

Serait-il investi avec sa fonction de lumières spéciales sur ce point ? Il semble peu raisonnable de le supposer.

Dès lors, on se heurte à la deuxième raison : si le juge ne peut déterminer, pas plus que les parties, « objectivement », « *a priori* », en-dehors du cas concret, le caractère d'ordre public d'une norme, alors sa qualification d'ordre public *in concreto* n'est que le moyen pour lui d'obtenir tel résultat (la non-application de la loi étrangère, dans le cas du droit international privé, la nullité du contrat, etc.).

Et l'emploi de ce moyen est totalement discrétionnaire.

C'est là un germe grave d'arbitraire (32) et d'insécurité juridique. Il ne paraît pas aux auteurs de cette conclusion que ceci corresponde au rôle dévolu aux juges dans un Etat de droit.

Ne pourrait-on pas, de plus, en poussant la thèse à ses limites, énoncer que la qualification d'ordre public étant indis-

(30) ROMAIN, J.-Fr., *op. cit.*, n° 25.2, développe des considérations semblables, liées à l'universalisation de la culture des droits de l'homme et des instruments juridiques qui en découlent (Convention européenne, Pactes de New York, etc.).

(31) EKELMANS, M., « L'ordre public et les lois prohibitives étrangères » et « L'ordre public international et ses effets atténués ».

(32) Et, pour le cas du droit international privé, il nous semble très fâcheux d'introduire un facteur d'appréciation discrétionnaire dans une matière où la détermination de la règle applicable est déjà bien souvent considérée par le profane comme tenant plus de la divination que du raisonnement juridique.

sociablement liée à l'appréciation en fait réalisée par le juge, la Cour de cassation ne pourrait en apprécier la légalité, la question étant forcément « mélangée de fait et de droit ».

Andrée Puttemans, quant à elle, ne se prononce pas sur la question fondamentale de cette étude collective.

Elle serait cependant en droit de partager l'avis de Marc Ekelmans, favorable à la thèse de l'hétérogénéité de l'ordre public. Ceci se comprend eu égard au domaine de son étude (33) : il est impossible de discerner dans la loi de 1991, « ratatouille à la belge » (34), les idées du législateur, sans doute parce qu'une confusion profonde régnait à cet endroit dans le monde parlementaire (35).

Il ne nous semble pas que cet exemple soit de nature à ruiner la thèse du contenu réel de l'ordre public. Il souligne bien plutôt la nécessité pour le législateur de réfléchir à ce contenu et de ne manipuler le concept d'ordre public qu'avec le plus grand soin. Pas plus qu'il n'est immuable, l'état social n'est exempt de zones de turbulences opaques, qui ne se calment qu'avec le temps ; le droit ne peut avoir plus de clarté que la société qui le crée.

Michèle Grégoire (36) ne s'est pas non plus penchée sur la question de l'existence d'un contenu à la notion d'ordre public : son étude portait essentiellement sur la *fonction* de l'ordre public devant la Cour de cassation, sans que l'on puisse en déduire que cet auteur se range parmi les tenants de l'ordre public, notion fonctionnelle.

C. — *L'ordre public n'est pas une notion fonctionnelle*

L'ordre public n'a pas, aux yeux des auteurs de cette conclusion, un rôle fonctionnel.

(33) PUTTEMANS, A., « L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ».

(34) L'expression de FAGNART, J.-L., « Concurrence et consommation : convergence ou divergence ? », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1991, pp. 34 et s.

(35) PUTTEMANS, A., *op. cit.*, n^{os} 21 et 48.

(36) GRÉGOIRE, M., « L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation ».

La notion fonctionnelle est, rappelons-le, celle qui se caractérise, non par son contenu, par hypothèse inexistant, mais par ses effets, sa fonction.

Or, si l'on doit admettre que la notion d'ordre public a des conséquences en droit, et des conséquences très importantes (elle « fonctionne »), force est de constater en comparant les contributions que ces conséquences varient à l'infini.

Les distinctions faites au sein des règles d'ordre public, pour leur attacher des effets différents, sont multiples :

— Jean-François Romain distingue l'ordre public général, l'ordre public fondamental et l'ordre public essentiel.
— Valérie Simonart parle de dispositions simplement impératives, de l'ordre public sociétaire, de l'ordre public économique et de l'ordre public classique.
— Andrée Puttemans évoque, en les nuançant et sans toujours les faire siennes, les différentes catégories de dispositions dégagées en la matière par la doctrine : dispositions impératives, ordre public traditionnel, ordre public économique et social et enfin ordre public de protection des consommateurs.
— Anne Limpens, quant à elle, montre en comparatiste attentive l'extrême foisonnement des « nomenclatures », tel qu'il se révèle de pays à pays (37).

Les effets résultant de cette distinction sont également divers : annulation des contrats, non-application de la loi étrangère pourtant désignée par la règle de conflit, refus de l'*exequatur*, cessation d'une pratique commerciale, etc.

On pourrait également voir dans les contributions de Michèle Grégoire et Andrée Puttemans des arguments « anti-fonctionnels », à la vérité plus indirects, dans la mesure où l'une et l'autre démontrent que le caractère d'ordre public d'une norme n'a, dans le domaine étudié, qu'une influence très relative (38).

(37) LIMPENS, A., *op. cit.*, n^{os} 1 à 12.

(38) Pour GRÉGOIRE, M. (*op. cit.*, n° 12), elle sert seulement pour déterminer si les parties ont pu valablement renoncer à l'application de telle norme ; et PUTTEMANS, A., montre que le caractère oui ou non d'ordre public de telle ou telle disposition de la loi sur les pratiques du commerce est indifférent pour toute une série de questions (notamment celle de l'action en cessation, qui forme pourtant l'un des centres de gravité de cette loi : les n^{os} 8 à 14 de l'étude) mais joue un rôle dans d'autres cas (voyez les n^{os} 15 à 20).

La contribution de Nathalie Massager et Alain-Charles Van Gysel ne nous éclaire pas quant à elle sur la question, vu le domaine limité de leur recherche : elle ne portait que sur le seul effet de la nullité des conventions en cas de contrariété à l'ordre public.

D. — *Les degrés dans l'ordre public*

Si l'on peut déterminer, du moins dans ses lignes essentielles, le contenu de l'ordre public, peut-on également dire que cet ordre public s'étage autour d'un « noyau dur » en « couches » successives d'intensité chaque fois moins élevée ?

La réponse à cette question doit être fortement nuancée.

De nombreux participants reconnaissent, on l'a vu, l'existence de distinctions au sein de l'ordre public.

Mais si ces auteurs admettent des catégories dans l'ordre public, ces catégories ne sont pas pour autant des « couches » concentriques autour d'une zone centrale d'effets plus intenses.

Chez Jean-François Romain, il existe bien une telle description topologique en « perle », puisque, au sein de l'ordre public général, il distingue l'ordre public fondamental de l'ordre public essentiel, le premier protégeant des valeurs plus importantes que le second, et donnant lieu dès lors à des effets plus étendus (39).

La gradation classique lois supplétives — lois impératives — lois d'ordre public est reprise sans contestation par Michèle Grégoire pour le très petit domaine à l'égard duquel cette distinction a un effet sur la recevabilité d'un pourvoi, à savoir si une partie a renoncé ou pas, licitement ou non, à l'application de telle ou telle règle de droit (40).

Il en va de même d' Andrée Puttemans, qui reprend la même distinction et ses effets classiques (nullité absolue ou relative, confirmation, intervention du ministère public, application de la loi dans le temps), pour les quelques questions où la notion d'ordre public revêt une réelle importance en matière

(39) Romain, J.-Fr., *op. cit.*, n° 25.1.
(40) Grégoire, M., *op. cit.*, n° 12.

de pratiques du commerce et de protection du consommateur (41).

Nathalie Massager et Alain-Charles Van Gysel ne font pas d'autres distinctions que celle, implicite et classique, entre lois impératives et lois d'ordre public, mais ils relèvent avec Edouard Vieujean (42) que parfois l'ordonnancement par « couches » se trouve altéré.

Ainsi, la pension alimentaire basée sur l'article 301 du Code civil exige une homologation (signe d'une protection accrue) pour sa capitalisation, mais aucune formalité pour sa suppression de commun accord des parties.

Mais la démonstration la plus éclatante de l'aspect non régulier de la notion d'ordre public dans son fonctionnement (et partant l'irrelevance de notions telles que « contenu dans » ou « supérieur à ») se trouve dans la contribution de Valérie Simonart, puisque la gradation particulière de l'ordre public qui prévaut selon elle dans le droit des sociétés « invite à rejeter la transposition (dans ce droit) de la distinction traditionnelle qui existe en droit civil entre les lois impératives et d'ordre public d'une part, les causes de nullité relative et absolue d'autre part » (43).

La contribution de Valérie Simonart ayant déjà été publiée (44), cette vision « déconstructiviste » des choses a été accueillie avec faveur par le reste de la doctrine, non seulement au sujet du droit des sociétés (45), mais encore en matière des droits de l'homme : on lit en effet sous la plume de Léon Goffin (46), et avec référence explicite à la contribution de Valérie Simonart, qu'« il semble donc que l'article 6 (de la Convention européenne des droits de l'homme) en tant qu'il reconnaît un droit au tribunal soit à la fois impératif et d'ordre public ».

(41) PUTTEMANS, A., *op. cit.*, n^{os} 15 à 20.

(42) VIEUJEAN, E., « Les effets du divorce pour cause déterminée », in *Le divorce en Belgique : controverses et perspectives*, Story-Scientia, 1991, n° 66, p. 225.

(43) SIMONART, V., *op. cit.*, n° 43.

(44) SIMONART, V., « L'ordre public et le droit des sociétés », *R.D.C.B.*, 1994, p. 96.

(45) Voy. GLANSDORFF, F., note sous Cass., 10 mars 1994, (« Wagons-Lits »), *R.D.C.B.*, 1995, n° 5, pp. 25 et 26.

(46) GOFFIN, L., « De l'arbitrage obligatoire au barreau », note sous Bruxelles, 4 octobre 1993, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 614.

Il n'est pas sûr, au demeurant, que la pensée de Valérie Simonart ait été respectée par les auteurs qui se réfèrent à elle, puisque si cet auteur « déconstruit » l'ordre public traditionnel, elle « reconstruit » un ordre public particulier au droit des sociétés « fondé sur l'existence de divers cercles (concentriques ?) d'intérêts protégés » (47).

Il semble ressortir de tout ceci — du moins aux tenants de la thèse de l'homogénéité de l'ordre public — que si, dans toutes les matières où l'ordre public joue un rôle réel, l'intensité de ses effets augmente avec l'importance donnée par le consensus social aux intérêts en cause, il n'est pas possible d'organiser, en raison de la diversité de ses fonctions, la notion totale en couches concentriques ou parfaitement superposées (48).

V. — Ordre public et ordre juridique

La question de l'ordre public, dont la recherche collective entreprise abordait certains aspects dans différents domaines du droit positif, évoque aussi irrésistiblement pour les auteurs de cette conclusion celle d'une analyse générale de l'ordre juridique.

Dans cette perspective, prend un relief tout particulier et s'impose à leur esprit le modèle bien connu de la Théorie pure du droit de Kelsen (49), qui illustrerait la conception la plus extrême de l'ordre juridique en tant que système purement fonctionnel de normes hiérarchisées, à laquelle s'opposerait une analyse de cet ordre privilégiant le contenu des notions de droit, dont la relativité et la contingence pourraient être discutées.

Si l'on s'imagine la place que devrait occuper une notion comme celle de l'ordre public dans la théorie kelsénienne de l'ordre juridique, l'on aboutit nécessairement à postuler qu'il s'agirait en réalité de rechercher si telle ou telle norme pré-

(47) Simonart, V., *op. cit.*, dernière phrase de la conclusion.

(48) Ainsi s'efface la vision naïvement cohérente qu'un de nous avait lorsqu'il était étudiant : Van Gysel, A.-C., « Les degrés dans l'ordre public », *Le Franc*, 1985, n° 5, p. 3.

(49) Cf. Kelsen, H., « *Théorie pure du droit* », traduit de l'allemand par H. Thévenaz, Editions de la Baconnière, Neufchâtel, 1988.

sente, au sein de la hiérarchie des règles de droit, un caractère d'ordre public tel que des effets de droit pourraient en découler quasi logiquement.

Le contenu substantiel des normes serait indifférent à leur caractère d'ordre public. Seule importerait la volonté du législateur, ou du constituant, de conférer aux règles de droit ce caractère, quand ils le jugent nécessaire ou utile et en des termes susceptibles d'être compris par la jurisprudence chargée d'appliquer le régime spécifique des règles d'ordre public.

« Comme les normes du droit positif sont créées par des actes de volonté d'êtres humains, elles peuvent être modifiées arbitrairement, et elles sont différentes selon les époques et selon les peuples » (50).

L'ordre public n'échapperait pas à ce principe de relativité des normes de droit, inhérent à l'ordre juridique, et son contenu serait en définitive indifférent et variable dans le temps et dans l'espace.

L'on perçoit ainsi qu'une approche strictement fonctionnelle de la notion de l'ordre public pourrait se réclamer de Kelsen et de sa Théorie pure du droit, et trouverait d'ailleurs une forme de consécration — très indirecte, il est vrai — dans la conception de la Cour de cassation qui se refuse à appréhender l'ordre public en tant que notion et préfère se référer à un catalogue toujours en devenir et soumis au pouvoir de contrôle circonspect de la jurisprudence, de lois présentant ce caractère.

Dans le système de Kelsen, comme dans le système de la Cour de cassation, l'ordre public a pour *fonction* de qualifier les normes qui revêtent une particulière importance dans la hiérarchie de l'ordre juridique, en raison de la volonté même du législateur, peu important en définitive, au point maximum de la théorie de Kelsen, le pourquoi de ce caractère d'ordre public, soumis en quelque sorte à l'arbitraire de l'acte de volonté du législateur.

La Cour de cassation ne va pas cependant jusqu'à vider de tout contenu substantiel l'ordre public lorsqu'elle relève que

(50) Cf. KELSEN, in *Mélanges Dabin*, 1963, I, spéc. p. 141, cité par H. BATIFFOL, « *Problèmes de base de philosophie du droit* », Paris, *L.G.D.J.*, spéc. p. 55 et réf. 144.

« (...) n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » (51).

Ressurgit alors la question, dont l'économie ne peut être faite, du contenu même des lois d'ordre public, et plus généralement de l'ordre public.

Dans le cours de cette recherche collective, certains des auteurs se sont employés à traquer les éléments premiers de l'ordre public, pour en faire apparaître un noyau central dont la relativité dans le temps et l'espace ne serait plus fondamentale. D'autres, plus sceptiques, ont privilégié une approche davantage fonctionnelle du régime des lois d'ordre public, dans le domaine particulier qu'ils ont considéré, se rapprochant en cela d'un spectre d'analyse qui pourrait se réclamer du positivisme de Kelsen.

Si la première approche recueille la préférence des auteurs de la présente conclusion, ils ne sauraient tomber dans le triomphalisme et l'intolérance de la postuler comme seule vraie et valide.

Reste qu'un « test » pourrait lui être appliqué, au sens où le droit de la *Common law* entend parfois certains critères ou règles de droit qui permettent d'apprécier une situation juridique, notamment en droit international privé : ce « test » serait celui de la résistance nécessaire à l'arbitraire que doit susciter un trop grand volontarisme juridique.

La conception strictement volontariste, légaliste et fonctionnelle de l'ordre public, qui fait intervenir la volonté du législateur comme seul critère de validité, permettrait à ce législateur de porter atteinte, sans contrôle possible, à des principes fondamentaux qui relèvent de l'ordre public, tels que ceux qui garantissent les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Ainsi par exemple, le domaine des principes généraux de droit essentiels à l'ordre juridique et partant d'ordre public, ne revêtirait nullement un caractère d'autonomie par rapport aux

(51) Cf. notam. arrêt du 9 décembre 1948, *Pas.*, I, p. 699. Cet arrêt est cité et analysé à de nombreuses reprises dans le présent ouvrage.

autres normes de droit et serait toujours dépendant de la volonté du législateur de les préciser, de les modifier, ou même de les abroger, le cas échéant.

Il nous paraît qu'une telle conception, que permettrait un volontarisme juridique s'attachant aux fonctions des normes juridiques et non à la défense de leur contenu, ne peut être soutenue qu'au risque de fragiliser certaines notions premières de l'ordre juridique, qui ont un contenu irréductible ou intangible.

L'ordre public fondamental se pare d'une réelle dimension d'intangibilité (52), y compris pour le législateur qui ne peut le méconnaître dès lors qu'il constitue l'une des bases de tout Etat de droit démocratique.

Une réflexion sur la question de l'ordre public impose donc nécessairement de s'interroger sur la part d'universalité irréductible, ou à tout le moins de contenu le plus stable possible, que recèle cette notion, dans l'ensemble du droit, par rapport à sa dimension de variabilité, qui ne peut non plus être niée.

La recherche entreprise a peut-être contribué à faire apparaître, de façon certainement imparfaite, ce qui relève, d'une part, du centre de la notion de l'ordre public, dont on a tenté de contester la relativité, et, d'autre part, de certains de ses aspects plus périphériques, en devenir et soumis à la volonté libre du législateur et à l'appréciation évolutive de la jurisprudence.

Il est également certain que la défense d'une notion première et presque simple de l'ordre public, ne peut faire oublier la complexité d'un régime où apparaissent de nombreux et plus en plus subtils degrés d'appréciation et de sanction des comportements contraires aux lois d'ordre public.

Cette dernière perspective aura sans doute intéressé d'abord le praticien, que cet ouvrage aura éclairé sur de nombreux aspects très spécifiques du droit positif.

(52) Paul Foriers écrivait ainsi sur l'ordre public : « (...) lentement (...), et non sans repentir, on voit se dégager la notion qu'il s'agit d'un principe 'fondamental, universel, séculaire, nécessaire' comme le qualifia l'illustre procureur général Faider, formant 'l'attribut de la personnalité humaine', dira M. Philonenko, dont il serait 'contre nature' qu'un homme soit privé, pour reprendre une expression de M. le bâtonnier Sand » (cf. « La pensée juridique de Paul Foriers », Bruylant, 1987, vol. I, in *La question de la bigamie*, spéc. p. 152 et réf. 28 à 30*bis*.

Il n'était pas possible d'en oublier pour autant de construire une réflexion sur la notion même de l'ordre public.

Les auteurs, sans renier leur point de vue particulier et souvent contrasté, au nom d'une appréciation globale dans un domaine — et une université — où il ne règne heureusement pas d'école unanime de pensée, espèrent avoir aussi contribué à l'esquisse d'une réflexion de ce type, dans le sens d'une édification de la notion et du régime de l'ordre public.

VI. — Point final

Les auteurs de la conclusion ont donc préféré exposer au lecteur l'étendue, les raisons et les nuances de leurs divergences de vue, plutôt que de tenter de réaliser, à l'instar de certains partis politiques, une « motion de synthèse » pour clore le débat.

A cela, deux raisons : tout d'abord, la réflexion juridique, reflet de la vie sociale, ne connaît pas de fin et se poursuit toujours.

Ensuite, il ne nous a pas semblé qu'il puisse être de meilleure contribution au débat d'idées au sujet de l'ordre public, que de confier les « argumentaires » complets au libre examen du lecteur.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme, par Jean-François ROMAIN, Assistant à la Faculté de droit de l'U.L.B., Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique, Avocat 5

L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation, par Michèle GRÉGOIRE, Chargé de cours suppléant et premier assistant à la Faculté de droit de l'U.L.B., Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique, Avocate 63

L'ordre public et le droit des sociétés, par Valérie SIMONART, Maître d'enseignement à l'U.L.B., Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique, Avocate 81

L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce. sur l'information et la protection du consommateur par Andrée PUTTEMANS, Assistante à la Faculté de droit de l'U.L.B., Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique, Avocate . 137

Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes, par Alain-Charles VAN GYSEL, Chargé de cours à la Faculté de droit de l'U.L.B., Premier assistant chargé de recherches au Centre de droit privé et de droit économique, Avocat et Nathalie MASSAGER, Suppléante à la Faculté de droit de l'U.L.B., Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique, Avocate . . . 191

Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé, par Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Maître de conférences à la Faculté de droit de l'U.L.B., Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique, Avocate 219

L'ordre public et les lois prohibitives étrangères, par Marc EKELMANS, Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique . . 257

L'ordre public international et ses effets atténués, par Marc EKELMANS, Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique . . 283

Conclusions générales, par Alain-Charles VAN GYSEL, Chargé de cours à la Faculté de droit de l'U.L.B., Premier assistant chargé de recherches au Centre de droit privé et de droit économique, Avocat et Jean-François ROMAIN, Assistant à la Faculté de droit de l'U.L.B., Chercheur au Centre de droit privé et de droit économique, Avocat 305